MANUALE

DI

DRITTO ROMANO

MANUALE

DI

DRITTO ROMANO

CONTENENTE

LA TEORIA DELLE INSTITUZIONI

PRECEDUTO DA UNA

INTRODUZIONE ALLO STUDIO DEL DRITTO ROMANO

DI

F. MACKELDEY

Nuova traduzione italiana

CON ANNOTAZIONI

DELL' AVVOCATO

RAFFAELE ANDREOLI

NAPOLI

Giovanni Pedone Lauriel

EDITORE

1853

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE.

Di quante legislazioni governarono il mondo, nessuna occupò tanto spazio, nessuna mai tanto tempo durò, quanto la romana. Nata e cresciuta spontanea tra' sette colli, tanto da meritar che grandissimi ingegni la togliessero a modello di un tutto provvidenziale corso di cose civili, essa non posò mai dall'interno sviluppo, mai non restò dall'esterno allargamento, finchè non ebbe in tutta la terra allor cognita proclamato il trionfo della civile equità. E se la spada de' Consoli, se troppo più lo scettro de' Cesari, fieramente afflissero le genti, le romane leggi furono come un tesoro trovato tra le rovine della patria, che certamente non bastò per compenso, ma valse almen per conforto. Di che parve che la divina giustizia tenesse ragione allorchè chiamò dal settentrione il flagello spaventevole delle barbare invasioni; imperciocchè le prepotenti armi romane vergognosamente dileguarono innanzi al furore indisciplinato degli invasori, ma le romane leggi serbarono intatto l'antico vanto, anzi lo accrebbero in tanto, quanto è maggiore la gloria di un Codice che si assoggetta i suoi stessi trionfatori, che non di quello il quale con l'armi s'imponga alle trionfate nazioni. I popoli distruttori del romano imperio cominciarono con tollerarne le leggi, poscia vi attinsero, infine lor cedettero il campo: ed esse, dove principali, dove sussidiarie, uniche per la Chiesa, ragione scritta per tutti, traversarono i secoli, ed oggi più che mai, se non di nome, certo in effetto, reggono le più belle e civili contrade.

Una legislazione di tanta importanza è stata da ventisei secoli l'obbietto costante dello studio degli uomini. Coltivata dapprima e custodita come arcano di stato e strumento potentissimo di dominazione da'soli nobili romani, essa fu tra non troppo dalla irruente democrazia strappata da'suoi segreti penetrali, e data ad ammansare ed ingentilire ad un'aristocrazia ben più legittima e liberale, quella dell'ingegno e della virtù. Dalla publicazion delle azioni, che la volgare storia attribuisce a Gneo Flavio nell'anno 449 di Roma, il dritto fu l'unica scienza veramente studiata ed aumentata dall'eminentemente pratico ingegno de' romani. E quando l'agitata tirannide delle par-

ti si fu risolnta nella immobile tirannide de' Cesari, e che molta parte dell' italiano ingegno si fu rivolta alle lascivie della poesia cortigiana, se il dritto non fu più l' unica, ci restò pur sempre la maggiore e la più nobile occupazione degli spiriti studiosi. Allorchè poi il diluvio barbarico ebbe poco men che sommersa la romana civiltà, le romane leggi galleggiarono e sopravvissero, quasi novello patto tra 'l cielo e la terra. Perciocchè la eterna idea del dritto essendo da natura, ella è da Dio; e tutti sanno come di tale eterna idea non ebbe il mondo più devoti cultori nè più arguti e costanti esplicatori de' giureconsulti romani.

Questo spiega la predilezione e la osservanza dalla Chiesa di Dio avute fin dal suo nascere al romano diritto; inno perpetuo a quella stessa eterna giustizia, a quella stessa ragion di natura consecrata nelle divine pagine del Vangelo. E questo fu cagione, che quando la poesia mollemente cresciuta in palagio, spaventata dagli urli barbarici, si seppelliva sotto le rovine delle distrutte città; quando la storia, dimenticato in tanta tempesta il linguaggio di Livio e di Tacito, mutava l'epica grandezza nativa nella quasi comica povertà della cronaca; quando la filosofia, non trovando più sulla terra disertata e poco men che rinsolvata luogo alcuno ove farsi intendere, gemeva umilmente nelle tenebre della prigione per bocca di Boezio; il romano dritto, mutata la toga nel manto sacerdotale, era ancor lo studio di tutti quelli che in tanto trionfo dell' armata ignoranza studiavano ancora, ed esercitandosi tuttodì nella nobile lotta della equità contro la forza, camminava a gran passi al riconquisto dell' antico dominio.

Ed ecco, non paga dell' onore e del vigore al roman dritto mantenuti nella Chiesa, prima fu Italia a restaurarne lo studio anche nel secolo; questa Italia sempre nobilmente, benchè non sempre saviamente, innamorata dell' avita grandezza. Essa cominciò (ed in che non ha cominciato?); tutte le altre nazioni di Europa seguirono. Ma gran tempo corse, che nessuna entrò innanzi all' Italia nello studio, nello amore direi quasi materno di quelle leggi ch' ella avea date, ella stessa restituite al mondo; di quelle leggi, alle quali tanta parte avea dovuta di sua grandezza pagana, tanta parte pure (per maraviglioso combinamento provvidenziale) dovea della sua vivente grandezza cristiana. E quando pur questo vanto si accingeva fortuna a rapirle, ella, simigliante alla face in sul finir di suo splendore, diè tale un' ultima luce, che ancora il mondo ne sta maravigliato, e ne starà fin che duri. Io dico delle opere immortali di Giambattista Vico, nate a particolar gloria no-

stra in questa estrema parte del bel paese da noi abitata, forse per alcun compenso: nelle quali lo studio del romano dritto, per non ancor battute vie, fu portato a tale altezza, alla qual certamente nè mai prima era giunto, nè mai giunse dappoi.

Quindi innanzi gli stranieri, arricchiti delle nostre spoglie, massime di quelle smisurate di quest' ultimo gigante, procedetter baldanzosi nello aringo della romana giurisprudenza: e quelli che maggiori orme vi stamparono, furono i tedeschi. Sanno tutti quanto i giuristi di questa nazione, oltre all' altezza dell' ingegno ed alla profondità della erudizione, abbian portato di amore e di costanza nello studio, nella sposizione, nello aumento del romano dritto: tantochè si crederebbe quasi che questi tardi nepoti volessero con sì grande e diuturno ossequio espiar lo strazio da' lor barbari maggiori fatto del gentile sangue latino. Certo, non v' è parte alcuna della romana legislazione, in cui la face della costoro critica non abbia portato il maggior lume possibile; non v' è titolo, stetti quasi per dire parola alcuna dell' immortal volume, che la costoro diligenza non abbia fatto subbietto di particolare trattato.

Ma qualunque scienza, la qual si trovi ad essere in fiore ed in aumento, ha bisogno di chi a quando a quando precisamente determini e segni il punto a ch' ella è arrivata, acciò più spedito e soprattutto più sicuro riesca indi innanzi lo avanzare: opera forse men gloriosa, ma senza fallo più ardua e di maggiore utilità produttrice di quella di chi non altro abbia che a stendere un passo innanzi. Così fatto servigio appunto rendeva alla scienza del roman dritto il Mackeldey nel 1814, pubblicando il presente Manuale; della opportunità e della intrinseca bontà del quale ci parrebbe ozioso il discorrere dopo l' immenso plauso ad esso fatto da tutta Europa, dopo il numero prodigioso delle edizioni fin oggi succedentisi, e la varietà delle traduzioni fattene, e che tuttor se ne fanno, in italiano, francese, spagnuolo, e fino in russo.

Solamente rispetto alle italiane traduzioni a notizia nostra infino a questo dì pubblicate, egli è nostro debito il dire che nessuna è stata ancor degna della eccellenza dell' originale. Lasciamo stare che alcuna è così sopraccaricata di oziose annotazioni e d' intempestive aggiunte, da difficultar di molto lo studio e la spesa del libro, ed anco contraffare alla manifestissima intenzion dell' autore di circoscrivere ne' più brevi e rigorosi termini possibili la teoria delle instituzioni del solo dritto romano. Lasciamo stare che in alcun' altra, per contrario, nessuno pur menomo soccorso si porge agli studiosi di materia tanto scabra in sè stessa e tanto strettamente trattata da

uomo di nazione per ogni lato differentissima dalla italiana. Ma quel che del tutto non si può con silenzio passare, è la implicita fede, anzi diremo a dirittura la cieca servilità con cui gli italiani traduttori hanno costantemente seguitate le orme della francese traduzione più volte pubblicata a Brusselles, lasciando intatti i dubbi dalle incerte espressioni di quella ingenerati, e con riverente ossequio conservando i manifesti svarioni di quella, sino a definir le cose del dritto proprio in contrario del più cognito ed indubbitabile vero; come per uno esempio può vedersi nella definizione dell' *Uso* (§ 316).

Il che sembrando all' Editore della presente novella traduzione che in troppo disdoro tornasse di un paese stato la culla; come di ogni altra umana disciplina, così particolarmente delle leggi e delle lettere; e d' altra parte avendo per fermo che grave imbarazzo e discapito ne ricevesse quella studiosa gioventù da lui tolta a precipua mira delle sue tipografiche cure; incaricò noi di ovviare con tutta nuova fatica agli inconvenienti delle precedute traduzioni. E noi abbiam fatto, in una parola, il nostro potere: se bene o male, se molto o poco, tocca agli altri il giudicare. Solo, perchè buona giustizia ci sia fatta, avvertiamo i lettori non esser parola della nostra traduzione, non esser pure una virgola, della qual noi non possiamo render ragione e produrre autorità di testi e di scrittori, avendo usata diligenza e ponderazione grandissima in ogni menoma cosa, contro al costume de' traduttori di siffatte opere, costretti a consigliarsi con gli scarsi loro guadagni, dovechè per noi (segua che può) di ogni costringimento è maisempre maggiore quello della nostra coscienza. Ondechè, se taluno troverà nella traduzion nostra alcuna cosa, qualunque ella sia, che gli paresse degna di sindacato, noi lo preghiamo di non voler nulla diffinire innanzi ch' egli abbia ben ponderata la sostanza e la ragione delle cose dette, ed altresì diligentemente cercati ed esaminati tuttiquanti i testi e le autorità citate così dal Mackeldey, come da noi medesimi nelle postille che abbiamo continuamente, ma con la maggior temperanza possibile, apposte tanto al testo dell' autore, quanto alle stesse sue note. Se dopo tutto ciò saremo pur trovati in fallo, torremo in pace la nostra condanna: ma se, per opposto, da tale attenta disamina della nostra ragione si avrà occasione di conoscer quanto poco ci siamo risparmiati nella presente fatica, speriamo che gli studiosi del dritto ce ne sapranno alcun grado.

INTRODUZIONE

ALLO STUDIO DEL DRITTO ROMANO (1).

SEZIONE PRIMA.

NOZIONI GENERALI DEL DRITTO E DELLA GIURISPRUDENZA.

§. 1. *Idea del dritto e della legge in generale.*

Chiamasi generalmente dritto, tutto ciò ch' è conforme ad una legge, cioè a dire ad una regola generale ed obbligatoria.

Questa legge è *fisica* ovvero *naturale*, quando essa ha il suo principio in una necessità della natura, di modo che non si *possa* fare contro al suo precetto; è poi *morale*, quando il suo principio si fonda sopra una necessità della ragione, di maniera che si *può* contraffare al suo comandamento, ma tale contraffazione è vietata. Sicchè, le leggi naturali determinano la possibilità e la necessità fisica delle azioni; le leggi morali, per contrario, la loro possibilità e necessità morale. La scienza del dritto si occupa solamente delle leggi morali (2).

(1) Le opere più notabili da consultarsi sono:

Christ. Glieb. Haubold, *Praecognita juris romani privati novissimi*. Lips. 1796.

Lo stesso, *Institutionum juris rom. priv. historico dogmaticarum lineamenta*. Lips. 1814. Post mortem auctoris denuo edidit Car. Ed. Otto. Lips. 1826. (In prolegomenis).

Gust. Hugo, *Lehrb. der guristischen Encyclopaedie*, ossia *Manuale dell' Enciclopedia del dritto*, 8. edizione. Berlino 1835.

Cr. Fed. Glück, *Einleitung in das Studium des roem. Privatrechts*, ossia *Introduzione allo studio del dritto civile romano*. Erlangen, 1812.

E. Spangenberg, *Einleitung in das Roemisch-Justinianeische Rechtsbuch*, ossia *Introduzione allo studio del Corpo del dritto romano*. Hannover, 1817.

C. Fed. Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*. Halis Saxonum, 1823. Ed tertia, ibid. 1830, (In proemio).

L. A. Warnkoenig, *Commentarii juris romani privati*. Leodii, 1825. (Introductio historico-litteraria, et lib. I. cap. 1.)

W. Fed. Clossius, *Hermeneutik des Roem. Rechts und Einleitung in das Corpus juris civilis*, ossia *Ermeneutica del dritto romano e Introduzione al Corpo del dritto civile*. Riga e Dorpat, 1829.

Schilling. *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Roem. Privat-Rechts*. Leip. 1837.

Warnkoenig, *Vorschule der Institutionen und Pandecten*. Fribourg en Brisgau, 1839.

(2) Hugo, *Encyclop.* 7. ediz. p. 9. — Roussel, *Enciclopedia del dritto*, p. 2. Bruselles, 1843 (a).

(a) Si è disputato molto sulla vera idea della parola *dritto*, e poco meno su quella di *legge*; e (cosa poco rara) non s'è conchiuso niente. Comprendendo l'autore nel dritto le leggi fisiche, ci ricorda la sentenza degli antichi filosofi che facean comune il dritto di natura agli uomini e alle bestie, consecrata da Giustiniano in quelle parole: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit etc.* Instit. tit. 2. in pr. In fatti, chi negherà che anche

§. 2. *Del dritto , relativamente alla libertà di operare.*

Rapporto alla libertà di operare , il vocabolo tedesco ***Recht*** ha , come il latino ***jus*** e l' italiano *diritto* , un doppio significato.

A. Nel ***senso obbiettivo***, per dritto s' intendono quelle leggi e quelle regole che gli uomini, come esseri ragionevoli, debbono osservare nelle loro mutue relazioni , qual norma delle loro libere azioni. ***Jus est norma agendi.*** Se queste leggi e regole son di natura tale, che gli uomini viventi in uno Stato possano essere forzati ad osservarle, dall' autorità in quello Stato constituita, esse formano il ***dritto giuridico***, per opposito a quegli altri principii che la sola morale comanda, e la osservanza de'quali non può essere imposta da veruna forza esterna (1). La conformità delle azioni dell' uomo co' principii del dritto, fondata nella sua libera determinazione, si nomina giustizia, ***justitia*** (2).

B. Nel ***senso subiettivo***, per contrario, la parola dritto significa facoltà di operare, ossia la possibilità morale di fare alcuna cosa noi stessi, ovvero esigere che altri la faccia o tralasci a nostro pro. ***Jus est facultas agendi.*** In siffatto senso, il ***dritto*** denota un rapporto favorevole nel quale un uomo si trovi rispetto ad un altro (3).

§. 3. A. *Del dritto nel senso obbiettivo.*
1. *Del dritto naturale e del dritto positivo.*

Il dritto , nel ***senso obbiettivo*** , si divide , a seconda della sua origine, in ***dritto naturale*** e ***dritto positivo***.

Per ***dritto naturale*** ordinariamente s' intendono i principii di dritto derivanti da idee puramente razionali, ovvero la teoria delle condizioni generali della libera coesistenza degli uomini nello stato sociale (4).

Il ***dritto positivo*** , al contrario , è quello fondato sopra fatti istorici, ossia il complesso de' precetti riconosciuti ed osservati come principii di dritto in uno Stato particolare (5). Il fondamento di ogni dritto positivo è nel senti-

(1) Hugo *Encyclop.* p. 9-14.

(2) Pr. Inst. I. I. « *Iustitia* est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. » — Fr. 1, pr. § 1; fr. 10, pr. D. I. I.

(3) Pr. J. II, 3 (a).

(4) Perciò è chiamato altresì *dritto filosofico* ovvero *metafisica del dritto* , la quale non si ha a confondere con la filosofia del dritto positivo (§ 9). Su i differenti sistemi di dritto naturale , ved. Falck, *Enciclopedia del dritto*, 3. ediz. §. 48-57. — Conr. J. Al. Baumbach , *Manuale del dritto naturale*. Leipzig 1823. (Introduzione.) — Fr. J. Stahl , *La filosofia del dritto sotto l'aspetto storico*. T. I. II, III. Heidelberg, 1830, 1834, 1837.

(5) Presso i romani era chiamato *jus civile* o *jus proprium civitatis*. §. 1. J. 1, 2. — fr. 9, D. 1, I: *Omnes* populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam *quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile.* »

gli animali operino per necessità di natura ? Anzi, chi non sente come da tal principio discenderebbero ancor più strane conseguenze ? Ma il vero è, che alle leggi fisiche il nome di legge è accordato per traslato , ma propriamente non s'aspetta che alle morali; giusta la propria origine di tal vocabolo, elegantemente esposta da Cicerone dove dice che *lex* fu detta *a legendo*, perchè proprio della legislazione è lo scegliere, comandando le cose oneste, e vietando le contrarie: *De legib.* 1. 6. E di tutto ciò che si conforma a siffatte leggi propriamente dette, si forma il dritto; non di altro. Il che involontariamente è confessato dall'autor medesimo , quando conchiude che la scienza del dritto non si occupa che delle sole leggi morali; perchè se anco le regole fisiche fossero parte del dritto, or come poi sarebbero escluse dalla scienza del dritto ? (*Trad.*)

(a) Così il *jus* de'latini, come il nostro *dritto*, han pure diversi altri significati ; ma non fanno al presente proposito. Noi italiani lo chiamiamo anche *ragione;* uso molto lodato dal Vico. (*Trad.*)

mento e nella volontà di una nazione che riguarda ed osserva talune norme come suo dritto; e presso ciascun popolo i costumi ed il carattere nazionale, la religione e la forma del governo, come pure molti avvenimenti e circostanze accidentali, hanno la più grande influenza sopra tal sorta di dritto. Questa considerazione spiega, da un lato, la disformità del dritto positivo delle diverse nazioni, mentrechè il dritto naturale è dapertutto il medesimo; e da un altro lato, perchè il dritto naturale, derivando dalla ragion comune a tutti gli uomini, deve riguardarsi come la base di ogni dritto positivo (1).

§. 4. 2. *Delle fonti del dritto positivo.*

Il dritto positivo di una nazione, ragguardando al modo di sua introduzione ed alle fonti onde deriva, si fonda parte sopra leggi espresse, fatte dalla potestà sovrana nello Stato (*jus quod ex scripto constat*), parte sopra usanze e consuetudini (*jus quod sine scripto venit*) (2).

§. 5. à. *Del dritto derivante da leggi.*

La legge, nel *senso giuridico*, è un precetto fatto dall'autorità sovrana nello Stato, ed al quale i sudditi di detto Stato sono sottoposti (3). Sicchè, la legge giuridica è fondata sulla volontà del legislatore. Ma perchè la legge acquisti una forza obbligatoria, è necessario ch'ella sia recata a notizia di tutti quelli che si debbono governare secondo essa. L'atto, mediante il quale l'autorità sovrana nello Stato fa questa legge pubblica affinchè sia osservata, chiamasi la promulgazione della legge (*promulgatio legis*) (4), la quale può aver luogo in diverse maniere. Prima della promulgazione, la legge non ha alcuna forza obbligatoria. Da ciò il principio, ch'ella opera soltanto per l'avvenire, e non ha nessuno effetto retroattivo (*lex nova ad praeterita trahi nequit*) (5).

(1) §. II. J. 1. 2: « Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi vel alia lege postea lata. » — Cpr. anche il fr. 6. D. ibid.

(2) §. 3, 9. J. 1, 2. — fr. 6, §. 1, D. I, 1.

(3) È veramente questo luogo alquanto oscuro, non intendendosi bene se l'autore voglia dire che alla essenza della legge appartenga la generalità del suo ordinare, cioè ch'essa obblighi tutti quanti i sudditi di uno stato, secondo il detto de' dottori: « Lex est ea tantum, qua universus populus obstringitur: » ovveramente, che per aver forza di legge, ella debba avere effettivamente sottoposti i sudditi a'suoi ordini, mediante la promulgazione. E per le cose dall'autor medesimo soggiunte, par che questa ultima conghiettura sia la migliore. Vi è stato chi per far meglio, invece di *al quale (precetto)* ha tradotto *alla quale (autorità)*: ma così viene a far dire all'autore tre volte lo stesso, cioè che all'autorità *sovrana* in uno Stato i *sudditi* sono *soggetti*. (*Trad.*)

(4) Presso i romani, a tempo della repubblica, *promulgare legem*, era far pubblicamente conoscere il progetto di una legge, prima ch'ella fosse posta a'voti nei comizi, acciò ciascuno potesse meditarla innanzi. V. il §. 21. Ma già in Giustiniano trovasi siffatta espressione adoperata nel senso datole da' moderni. Procm. Inst. §. 1: « Omnes vero populi *legibus jam a nobis promulgatis vel compositis* reguntur. »

(5) Const. 7, C. I, 14 — Nov. 22, cap. 1 — Nov. 66, cap. 1, § 4. — Cap. 2, 13, X. 1, 2.

Bibliografia: Goenner, *Archivj per la legislazione e la giurisprudenza*; 1° vol, n° 10. — Chabot de l'Allier, *Questioni transitorie*, Parigi 1809. 2 vol. — Blondeau, *Dello effetto retroattivo delle leggi*. Wetzlar, 1814. — F. Bergmann, *Sulla retroattività delle leggi*. Goeth. 1818. — Jordan, *Dello effetto retroattivo delle leggi*, nella *Biblioteca del giureconsulto* (Cassel) 1° vol. p. 117. — F. Smits Verburg, *Diss.*

§. 6. b. *Del dritto derivante dalle consuetudini.*

Non vi ha dritto positivo, il quale esclusivamente posi sopra leggi espresse; essendovi sempre un gran numero di principii, che in ogni tempo ed appo tutte le nazioni sussistono e si sviluppano per via della opinione e dei costumi del popolo, delle decisioni de' suoi giudici e delle interpretazioni e sviluppamenti scientifici del dritto già vigente appresso quel popolo (1). Il complesso di tuttequante queste regole non procedenti dal formale comando del legislatore, ma introdotte dalla opinione, da' costumi e dall' uso, si chiama *dritto consuetudinario*, ovvero *dritto di usanza* (2). I suoi principii, fondati su' costumi e le consuetudini, sulla giureprudenza o sopra la opinione de' giureconsulti, hanno forza eguale a quella di una legge formale (3).

de lege in praeteritum non revocanda. Lugd. Bat. 1823. — N. D. Simonis, *Diss. de jure civili haud retrotrahendo.* Leodii, 1826. — Merlin, *Repertorio universale.* t. XVI, V° *effetto retroattivo.* — Jourdan, nella *Thémis*, t. VI. — N. A. Zachariae, *Dello effetto retroattivo delle nuove leggi penali.* Gottinga, 1834.

(1) Trovasi già presso i Romani questo modo di considerare la origine del dritto positivo. Quintiliano, *Inst. orat.* lib. V, c. 3: « Pleraque in jure *non legibus, sed moribus* constant. » fr. 32, pr. D. 1, 3: « De quibus causis scriptis legibus non utimur, ut custodiri oportet quod *moribus et consuetudine* inductum est. » — fr. 35, ib. « Sed et ea quae longa consuetudine comprobata sunt, velut tacita civium conventio, *non minus quam ea quae scripta sunt jura*, servantur. » — fr. 40, ibid. « Omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo. » — Cf. Codice VIII, 53. — Il dritto consuetudinario è difeso nel più ingegnoso modo da Hugo, *Enciclop.* 7. ediz. p. 19. e *Filosofia del dritto positivo*, 4. ediz. §. 153, 154; Da Savigny, *Della vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza.* Heidelberg, 1814; 2. ediz. 1828. — Cf. ancora: J. Hinlopen, *Disp. de jure quod e moribus proficiscitur ipsius juris scripti fonte.* Traj. ad Rh. 1800. — Warnkoenig, *Deduzione del principio fondamentale del dritto da una legge innata della ragione.* Bonn. 1819, p. 25. — Schrader, *Gli Editti de' Pretori romani applicati allo stato attuale della legislazione.* Weimar, 1816, p, 5, e seg. — W. A. Puchta, *Della instituzione degli arbitri.* Erlangen, 1823, p. 15. — Presso i Francesi si ha: « I codici de' popoli si fanno col tempo, ma propriamente parlando, non son fattura di alcuno. » Portalis, *Discorso preliminare del primo progetto del Codice civile;* nella *Conferma del Codice civile.* Parigi, 1805, t. I, p. 27. — Roussel, § 9.

(2) Cicerone, *de inventione*, 2, 22: « *Consuetudinis jus* esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. » — Ulpiano, *Fragm.* pr. § 4: « *Mores* sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus. »

Bibliografia: Ger. V. D. Busche, *De Consuetudine.* Goett. 1752 — E. A. Haus, *Della importanza della giurisprudenza dei tribunali.* Erlangen. 1789. — Meurer, *Trattati di dritto*, t. 1, n° 4-6 — Grolman, *Del dritto consuetudinario e della giureprudenza*, nel suo *Magazzino per la filosofia del dritto e la legislazione*, t. 1. quaderno 2, p. 151. — Guilleaume, *Trattati del dritto consuetudinario.* Osnabrück, 1801. — Volkmar. *Trattato teorico del dritto consuetudinario.* Brunswick, 1806. — Schoeman, *Revisione delle teorie sul dritto consuetudinario*, nel suo *Manuale del dritto civile.* t. 1, p. 28. — Kloetzer, *Saggio di una revisione della teoria del dritto consuetudinario.* Iena, 1813. — Seuffert, *Alcune dissertazioni sul dritto civile romano*; vol. I, n° 5. — Gesterding, *Supplemento alle teorie sul dritto consuetudinario*, negli *Archivj per la pratica civile*; vol. I° n° 5. — Jordan, *Osservazioni sulla giurisprudenza*, nella stessa opera, t. VIII, p. 191. — Schmidt, *Saggio d'una teoria del dritto consuetudinario secondo le leggi romane, croniche e sassoni.* Leipz. 1825. — Puchta, *Il dritto consuetudinario.* Erlangen. 1828. — J. C. Kall. *Observ. de jure non scripto:* Hafniae. 1828.

(3) §. 9, J. 1, 2: « Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati, *legem imitantur.* » — fr. 32, § 1, D. 1, 3: « *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur* (et hoc est *jus*, quod dicitur *moribus constitutum.*) » — La consuetudine non debbe esser con-

§. 7. 3. *Della preminenza del dritto recente su quello di prima.*

Stantechè il dritto di un popolo non si sviluppa se non successivamente, e che l'andar del tempo v' introduce spessi cangiamenti (1), è chiaro che, per quanto risguarda l'applicazione pratica, i precetti più recenti di dritto, senza distinguere se derivanti da leggi o da consuetudini, hanno la preminenza sopra il dritto anteriore (2). Il che appunto si esprime con la regola: *lex posterior* (o meglio, *jus posterius*) *derogat priori.*

§. 8. 4. *Del dritto pubblico e del privato.*

Relativamente al suo obbietto, il dritto positivo di un popolo si divide in *dritto pubblico* e *dritto privato*. Il dritto pubblico (*jus publicum*) è il complesso de' precetti risguardanti la costituzione e l'amministrazion dello Stato, cioè a dire le relazioni del poter sovrano co' suoi soggetti. Il dritto privato (*jus privatum*) comprende i principii che regolano i rapporti di dritto esistenti tra i cittadini come uomini particolari (3).

traria nè alla ragione, nè a' buoni costumi, nè al bene dello Stato. fr. 39, D. 1, 3. — Const. 2. C. VIII, 53. — Nov. 134, c. 1 (a).

(1) §. 11. J. 1, 2: « Ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata. »

(2) Fr. 4, D. I. 4: Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his, quae ipsas praecesserunt. » — fr. 32, § 1, D. 1, 3: « Quare rectissime etiam illud receptum est, *ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* »

La Const. 2, C. VIII, 53, che dice: « Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut *legem*, » par che contradica al citato fr. 32. Ma le parole *aut legem* non significano qui qualunque sia legge, sibbene una legge che ordina o vieta qualche cosa pel bene pubblico e per l'ordine generale, e che per questa ragione è fuori dell'autonomia del popolo: il precetto « *jus publicum, quod pactis privatorum mutari non potest* » dimostra che così era in dritto romano. fr. 38, D. 2, 14. — fr. 3, D. 28, 1 (b). — Delle diverse interpetrazioni della citata Const. 2, vedi: F. C. Conradi, *De consuetudine legem haud vincente.* Helmst. 1745. — Hoepfner, Comm. §. 58. — Hubner, Correzioni al medesimo, p. 167. — Schoemann, *Manuale del dritto civile*, t. I, p. 56. — Schweppe, *Manuale del dritto civile romano*, t. I, § 34. — Seuffert, *Eroerterungen*, sez. I, p. 28. — Kloetzer. Vom. *Gewohnheitsrecht*, § 18. — Schmidt, *Idem*, § 25-28. — Gesterding, *Archiv.* t. 3, p. 271. — Schilling. *Osserv. sulla storia del dritto romano*, p. 393. — Schweitzer, *De consuetudine*, Lips. 1801. — Puchta, *Das Gewohn.*, t. 1, p. 81-91, 117, 118.

(3) § 4, J. 1, 1. — fr. 1, §. 2, D. 1, 1.

(a) E quanto agli Stati popolari la cosa è chiara; perchè, come ben dice il giureconsulto Giuliano, che importa se il popolo dichiari la sua volontà *suffragio, an rebus ipsis, et factis?* Ma nel governo di pochi o di un solo, vogliono i dottori che ad introdurre una consuetudine si richiegga *probabilis Superioris scientia et patientia;* benchè molti abbiano sostenuto il contrario. (*Trad.*)

(b) Con tutto il rispetto debito all'autore, i due testi da lui citati non dimostrano niente del suo assunto. Il primo parla de' patti dei privati, conformemente all'art. 7. delle nostre Leggi Civili; ma che han che fare le convenzioni private con la consuetudine generale, quando è pur certo che « In consuetudine introducenda *non hujus aut illius hominis vel etiam ordinis* morem inspicere debemus, sed *totius populi* usum? » Il secondo testo, che dice solamente: « Testamenti factio non privati, sed publici juris est: » par che ragguardi ancor meno alla consuetudine. Più plausibile sembra la conciliazione proposta già dal Gotofredo, che Costantino in detta Constit. abbia inteso parlare di una consuetudine speciale relativamente alla legge generale, nel qual caso è certo che la legge vince. (*Trad.*)

§. 9. 5. *Della giurisprudenza.*

La giurisprudenza (*jurisprudentia*) è la scienza delle regole del dritto secondo i principii e le sorgenti di questo (1). La semplice conoscenza del dritto e delle leggi in vigore in uno Stato , non fa di per se sola la giurisprudenza : la conoscenza del dritto non merita il nome di scienza, se non quando è collegata alla filosofia ed alla storia del dritto.

La giurisprudenza dunque attende a risolvere le seguenti quistioni :

1° Che cosa è il *dritto* secondo l' idea annessa a questa parola ? Questo c'è insegnato dalla *scienza filosofica del dritto*, ovvero dal *dritto naturale* (§ 3).

2° Qual è realmente il dritto ? Questa quistione forma l'obbietto della *scienza del dritto positivo* , e si divide in tre altre :

a) Qual è il dritto esistente in tale o tal altro Stato ? La *dommatica del dritto* ce lo insegna.

b) In che modo questo dritto si è formato ? La *storia del dritto* cel dichiara.

c) Siffatto dritto è egli conforme alla ragione ? Ciò disamina la filosofia del dritto (2).

§. 10. B. *Del dritto nel senso subbiettivo.*
1. *Dritto e dovere.*

Un dritto , nel senso subbiettivo , è la facoltà di fare qualche cosa o di domandare che un altro la faccia (§ 2.). Alla idea di dritto in detto senso , corrisponde l' idea di *dovere* (*officium* , ma non *obligatio*) (3). Per dovere intendesi una necessità imposta alle nostre azioni dalla ragione. Come il dritto include una *possibilità* morale , una facoltà di operare, così pure il dovere suppone una *necessità* morale , una obbligazione. Dritto e dovere sono idee correlative , cioè a dire che l' una non si può comprendere senza dell' altra.

§. 11. 2. *De' doveri perfetti e di quelli imperfetti.*

Al dritto di un individuo corrisponde sempre un dovere dal canto di un altro. Perchè il primo possa essere esercitato , egli è mestieri che il secondo sia adempiuto. Vero è che ciascun deve, seguitando la ragione e la propria coscienza , volontariamente procurare l' adempimento di *tutti* i suoi doveri ; ma quando alcuno nol faccia, si domanda fino a qual punto possa egli esservi astretto per un modo qualunque dalla pubblica autorità. Havvi adunque tra i doveri imposti all' uomo una differenza notabile. Ve ne sono alcuni , allo adempimento de' quali non possiamo esser costretti , altri poi , a compiere i quali possiamo esser forzati dall' autorità (§ 2). I primi son nominati *doveri imperfetti* , cioè imposti dalla morale o dalla coscienza ; i secondi sono *doveri perfetti*, cioè tali che possiamo esser forzati ad eseguirli (4).

(1) § 1, J. 1, 1.—fr. 1, pr. § 1, D. 1, 1.

(2) Abbiamo già fatto avvertire, nelle note al § 3, che non devesi confondere la *Filosofia del dritto positivo*, con la *Scienza filosofica del dritto*, ossia il *Dritto naturale*.

(3) Non è chiamato mai da'Romani *obligatio* quel che noi comunemente significhiamo con le parole *dovere* ed *obligazione in generale*; ma soltanto una particolar sorta di dritto , al quale noi diamo nome di *crediti e debiti* (a).

(4) I Romani non avevano parole proprie per distinguere l'idea de'doveri perfetti da quella de'doveri imperfetti. Il vocabolo *officium* le abbracciava ambe-

(a) « Quod singuli in rebus habent, id vel est jus in rem, vel jus ad rem... Ius ad rem est , quod uno nomine dicitur *obligatio sive creditum*. Vinnio Instit. 2. 1. § 11.

§. 12. 3. *De' dritti perfetti ed imperfetti.*

A questi differenti doveri corrispondono altrettanti diritti. Pertanto, un dritto corrispondente ad un dovere imperfetto, è un *dritto imperfetto*, un *dritto morale*. E per opposto, un dritto corrispondente ad un dovere perfetto, è un *dritto perfetto*, un *dritto nel proprio senso*, un *dritto giuridico*. Di questa specie di dritto solamente si occupano le legislazioni e la giurisprudenza; mentre che i dritti imperfetti appartengono al dominio della morale.

§. 13. 4. *Della garantia accordata dallo Stato ai dritti giuridici.*

Il dritto perfetto suppone, secondo sua natura, che chi n' è investito possa farlo rispettar con la forza. Ma egli non può esercitare un siffatto costringimento per sè medesimo, perchè chi si pretende leso ne' suoi dritti, non può essere egli stesso il giudice di tal questione, ed anche perchè il leso non ha sempre la forza bastante a far valere la sua ragione. Debbe adunque la costrizione procedere dalla potestà sovrana nello Stato, espressamente ordinata per proteggere e garantire il dritto e la libertà di ciascuno contro le violazioni e gli attacchi degli altri. Un cosiffatto costrignimento non essendo possibile altrove che in uno Stato, non entra in mente che possa, propriamente parlando, esistere dritto *giuridico* fuori dello Stato sociale; o in altri termini, fuori dello Stato non esiste e non è mai esistita alcuna condizion legale tra gli uomini (1).

§. 14. 5. *Del subbietto e dell' obbietto del dritto.*

Qualunque spezie di dritto si riferisce ad un *subbietto* e ad un *obbietto*. Chiamasi *subbietto*, la persona a cui un dritto compete; l' obbietto del dritto è ciò, sopra di che il dritto è diretto. A parlar propriamente, le sole azioni esterne possono esser l' obbietto del dritto, perchè soltanto rapporto ad esse si possono fissar de' limiti alla libertà dell' uomo: gli atti *interni*, i pensieri e desideri non possono essere impediti nè costretti da nessuna forza umana.

§. 15. 6. *Classificazione generale de' dritti.*

I dritti che lo Stato riconosce e protegge in ciascun de' suoi membri, sono:

1° De' dritti relativi alla *capacità* di un individuo, cioè alle sue qualità personali, senza le quali egli non potrebbe punto in uno Stato esser riconosciuto come abile a goder dritti;

due. Per indicare un dover perfetto, avevano essi le espressioni: *cogendus est, tenetur, necesse est, habet, debet, debetur*. I moderni hanno a tal uopo, *obligatio perfecta*, *necessitas legitima*, *officium jure positum etc.* (a).

(1) Lo Stato non mette alcuna condizione alla idea di dritto e di dovere *in generale*; ma il dritto *giuridico* ovvero *di costrizione* presuppone naturalmente che chi è in dritto di esigere, e chi è obligato di fare, sieno sottomessi ad una stessa potestà sovrana. Falck, *Enciclop.* §. 1.

(a) Pare più plausibile che non avessero quelle antiche menti latine inteso tutto il bisogno di distinzioni e sottigliezze, che furono il pasto prediletto de'posteri; ma che volendo trovar termini corrispondenti a detta distinzione, non avrebbero mancato di trovarne anche più propri di quelli usati da'moderni. Infatti, notate proprietà! Se un potere ingiusto ordinasse una cosa iniqua, il dover di eseguirla sarebbe ne'cittadini un dover perfetto, perchè il compimento ne potrebbe essere strappato con la pubblica forza, mentre i doveri invariabili ed infallibili della coscienza universale resterebbero pur sempre sotto il nome d'imperfetti. *(Trad.)*

2° De' dritti i quali, presupposta la capacità di un individuo, risguardano alle sue *relazioni di famiglia;*

3° Finalmente, de' dritti che si riferiscono a' suoi beni, e questi ultimi si suddivono in *dritti reali*, quando la persona li esercita sopra una cosa immediatamente sottoposta al suo potere, ed in *dritti personali* (*crediti*), allor ch' essi mirano ad ottenere una prestazione da persona particolarmente obbligata. I dritti relativi alla capacità, a' rapporti di famiglia, e quelli reali, sono del resto *assoluti*, vale a dire che la lor ricognizione si può pretendere da chicchessia, e che per conseguente possono esser propugnati contro chiunque vi rechi pregiudizio. I dritti personali ovvero crediti sono per contrario *relativi*, ch'è quanto dire che non possono esser sostenuti, se non contro la persona di colui che li ha contrattati.

§. 16. 7. *Classificazion generale de' doveri.*

Il dovere corrispondente a un dritto è o *generale* e *negativo*, oppur consistente in una *obbligazione personale* e *positiva*. Il primo è imposto a tutti gli uomini, eccetto che a colui al quale compete, e consiste nel non esser loro permesso per alcun modo di turbare l'esercizio di siffatto dritto: la obbligazione propriamente detta è imposta alle sole persone che sono specialmente tenute, ed alle quali ella impone la necessità di porre ad effetto ciò che da esse il possessor del dritto può esigere in virtù di questo. La prima sorta di doveri corrispondono a' dritti assoluti, i secondi a' relativi.

§. 17. 8. *Delle azioni e delle eccezioni.*

Chiunque ha un dritto può dimandarne il godimento in giudizio, semprechè gli si neghi. A' mezzi che hanno per fine di reclamare un dritto, ovvero di mantenervisi, appartengono le *azioni (actiones)* e le *eccezioni (exceptiones)*.

SEZIONE II.

ISTORIA DELLE FONTI DEL DRITTO ROMANO.

§. 18. I. *Del dritto romano e della sua storia.*

Il *dritto romano*, in generale, è il complesso delle regole di dritto state in vigore appresso i Romani, quel sì famoso popolo dell'antichità, qual che sia stato il tempo dello stabilimento di quelle (1). La *storia di tal dritto* si divide, secondo una partizione comunemente ricevuta oggidì, in *istoria esterna* ed *interna*. La prima non di altro si occupa che delle sorgenti del dritto, e de' lavori sopra di esse fatti: la seconda tratta del contenuto di dette sorgenti, espone le vicende delle regole di dritto, studiando la loro origine, i lor progressi successivi, e le modificazioni ad esse apportate (2).

(1) In sentimento più ristretto, s'intende sotto tal nome il dritto romano compilato da Giustiniano.

(2) V. sul metodo di trattar la storia del dritto: Hugo. Gersch. des Roem. Rechts. II. ediz. p. 33, e seg.—T. M. Zachariae, *Della scienza d'una storia interna del dritto romano*. Breslau, 1802.—Thibaut, *Sullo studio della storia del dritto romano*, nell' Heidelb. Iahrbücher, 1818.—Rudhart, *eod. tit.* Wurlzbourg, 1811.—Ed. Platner, *Del modo scientifico di trattare le antichità romane*. Marbourg, 1812.—Savigny, nella *Zeitsch.*

§. 19. II. *Delle fonti dell' istoria del dritto romano* (1).

Alle fonti dell' istoria del dritto romano, appartengono in ispezialtà :

1° Le raccolte stesse di dritto romano, sì antiche che nuove, co' lor decreti di pubblicazione.

2° Tutti i documenti di antiche leggi, sebbene non venuti a noi che per brani (2), come i frammenti delle *Dodici Tavole*, quelli di alcune *Leges agrariae*, segnatamente della legge *Thoria* anno di Roma 647 (3); quelli di alcune *Leges judiciariae*, spezialmente della legge *Servilia repelundarum* (anno di Roma 654) (4); soprattutto ancora i frammenti della legge *Julia* e *Papia Poppea* : dipoi, i frammenti di una tavola di rame trovata a Eraclea, vicino di Taranto, nel 1732, onde han ricevuto il nome di *Tabula Heracleensis* (tra gli anni 664 e 680 di Roma) (5) ; la legge *Rubria*, o come s'è chiamata finora, *de Gallia Cisalpina* (dopo il 711 di Roma) (6); una tavola di rame, contenente una lista de' capitali in terreni destinati da Traiano ad un ospizio di orfanelli, ch'è conosciuta sotto il nome di *Obligatio praediorum* ovvero *Tabula Trajani alimentaria* (856 di Roma) (7) ; il *Senatusconsultum de imperio Vespasiani;* il senatoconsulto contro i Baccanali, *SC.*

für gesch. RW., t. I, p. 1-17.—Zimmern, *Istoria del dritto civile romano.* Heidelberg, 1826, § I.—Schilling, *Bemerk über Roem. RG.* p. 3-14. — Holtius, *Hist.* proem.

(1) C. G. Haubold. *Instit. jur. rom. literariae*, Lips. 1809, t. I, parte 2., p. 217.—Lo stesso, *Introd. alla conoscenza profonda delle fonti del drit. rom.* Leipzig, 1818. — Hugo, *RG.* p. 4, e seg. — Zimmern, *RG.* t. I, p. 2-8. Una rassegna esattissima e compiuta delle migliori fonti del dritto romano e delle bibliografie greche e latine, scoperte dal 1813 in poi, principalmente mediante i *codices rescripti*, si trova nell'opera intitolata *Hermès*, t. 24, p. 318 e seg.; t. 25, p. 271 e seg. Detta rivista è debita a A. W. von Schroeter.

(2) Spangenberg, *Iuris rom. tabulae negotiorum solemnium modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites.* Berol. 1821. — C. G. Haubold, *Antiquitatis rom. monumenta legalia extra libros juris rom. sparsa*; post mortem auctoris edidit Ern. Spangenberg. Praemissa est notitia historico-dogmatica omnium antiquitatis romanae monumentorum extra libros jur. rom. sparsa. Berol. 1830 — Clossius, *Ermeneutica del dritto rom.* Riga e Dorpart, 1829, p. 54-60.

(3) Sono stati pubblicati da Ursino, in seguito del libro *De legibus et Sctis*, di A. Augustinus. Romae, 1584, n° 1-7.

(4) *Fragmenta Legis Serviliae repetundarum ex tabulis æreis primum conjunxit, restituit, illustravit* C. Aug. Car, Klenze. Berol. 1825.

(5) *Fragmentum legis romanæ in aversa tabulæ Heracleensis parte.* Notis criticis et commentario illustravit Gust. Marezoll. Goett. 1816. — H. Ed. Dirksen, *Observationes ad tabulæ Heracleensis partem alteram, quæ vulgo æris neapolitani nomine venit.* Berol. 1817 — Lo stesso, *Osserv. sulla prima metà della tavola di Eraclea*, nelle sue *civ.* Abh. t. 2, n° 2.

(6) *La legge della Gallia Cisalpina* fu ritrovata nelle rovine di Velleia, a dì 24 aprile 1760. I lavori erano stati condotti a spese del Gran Duca di Parma, dal signor Costa. Dopo essere stata successivamente locata nella biblioteca e nel museo di Parma, detta Tavola fu mandata a Parigi, insiem con la Tavola di Traiano, il 27 giugno 1803: furono poi tutt'e due restituite nel Museo di Parma, il 23 febbraio 1816. — A. Dirksen, *Diss. proponens observationes ad selecta legis Galliæ Cisalpinæ* capita. Berol. 1812.— Tavola legislativa della Gallia Cisalpina ritrovata in Velleia nell'anno MDCCLX e restituita alla sua vera lezione da *D. Pietro de Lama*, colle osservazioni e annotazioni di due celebri giureconsulti Parmigiani. Parma 1820.

(7) F. Aug. Wolf, *Memoria sopra una fondazione di beneficenza dell' Imp. Traiano.* Berlino, 1808 — *Quæstio antiquaria de pueris et puellis alimentariis.* Specimina tria, ed. Chr. Heuz. Paufler. Dresd. 1809. — Tavola alimentaria Velleiate, detta Traiana, restituita alla sua vera lezione da *D. Pietro de Lama*, con alcune osservazioni del medesimo, Parma, 1819.

de Bacchanalibus; i frammenti dello editto del Pretore; ed anche uno editto di Diocleziano sulla estimazione della roba (1).

3° Molti antichi autori greci e latini, sì giureconsulti che altri. Noi ci occuperemo più innanzi, ne' §§. 47, 48 e 57, particolarmente, del piccol numero di scritti de' giureconsulti romani e de' loro frammenti venuti fino a noi. Sono innanzi tutto notevoli, la storia (esterna) del dritto per Pomponio, nel fr. 2, D. 1, 2; le *Instituzioni* di Gaio; i *Frammenti* di Ulpiano, e la *Parafrasi greca delle Instituzioni di Giustiniano*, di Teofilo (2). Tra gli autori non giureconsulti, i seguenti ci offrono la più abbondante ricolta: Polibio, Dionigi di Alicarnasso (3), Cicerone (4), Tito Livio, Valerio Massimo, Tacito, Plutarco, Plinio il vecchio ed il giovane (5), Svetonio, gli Scrittori della *Storia Augusta e Bisantina* (6), Giovanni di Lidia (7), ed i Grammatici, de' quali son principali: Varrone, Seneca, Quintiliano, Asconio Pediano, Aulo Gellio, e più tardi, Sesto Pompeo Festo, Servio e Boezio. Finalmente si possono altresì mentovare i *Scriptores rei agrariae rusticae*, e Vitruvio *sull' architettura*, come pure i Padri della chiesa latini e greci.

§. 20. III. *Periodi della storia del dritto romano.*

I periodi della storia delle fonti del dritto romano e del loro sviluppo sono stati meglio che da ogni altro stabiliti da Gibbon (8); ed Hugo vi s'è attenuto. Il *primo* termina alle *Dodici Tavole*; il *secondo* a *Cicerone*; il *terzo* a *Severo Alessandro*; il *quarto* a *Giustiniano* (9).

PRIMO PERIODO.

DALLA FONDAZIONE DI ROMA FINO ALLE DODICI TAVOLE.

(1 — 300 di Roma; 750 — 450 innanzi G. C.).

§. 21. *Primitiva costituzione di Roma.*

Le differenti popolazioni, il cui assembramento costituì lo Stato romano,

(1) *Transactions of the Royal Society of Literature*. London, 1827, vol. I, part. I, e Schultz, *Grundlegung zu einer gesch. Staatswissenschaft der Rœmer*, p. 631 e seg. — Vedi pure Spangenberg, *Monum. leg.* Appendice, p. 1-23.

(2) V. pure: H. Ed. Dirksen, *Frammenti degli scritti de' giureconsulti romani* (non pervenuti a noi mediante la compilazione di Giustiniano). Koenigsberg, 1814.

(3) P. F. Schulin, *Diss. de Dionysio Halic. historico, præcipuo histor. jur. romani fonte*, Heidelberg. 1820.

(4) Ed. Platnerus, *Diss. de iis partibus librorum Ciceronis rhetoricorum, quæ ad jus spectant*. Marb. 1831.

(5) L. Van der Bruggen, *Locorum juris civilis ex Plinii junioris scriptis explicatio*. Lugd-Bat. 1827. — J. A. Sueither, *Diss. qua loca e Plinii junioris scriptis, quæ ad jus civile pertinent, recensentur et illustrantur*. Groening 1827.

(6) Dirksen, *Die Scriptores Historiæ Augustæ*. Leip. 1842.

(7) Io. Laurentius Lydus, *De Magistratibus reipublicæ romanæ libri* III. Edit. Is. Dom. Fuss. Praefatus est C. B. Hase, Lugd.-Bat. 1812, 8°.— V. su questa opera: Andr. Guil. Cramer, in supplem. ad B. Brissonium *De verborum significatione*, p. 18-30. — C. J. C. Reuvens, *Collectanea liter*. Lugd.-Bat. 1815, p. 20-87.— Io. Dom. Fussii ad Hasium *Epistola, in qua Lydi textus et versio emendatur, loci difficiliores illustrantur*. Leodii 1820.

(8) Ed. Gibbon, *History of the decline and fall of the roman empire*, cap. 44, che contiene un sunto istorico del dritto romano. Fu tradotto in tedesco e corredato di note da Hugo. Goett. 1789. Una traduzione francese di Guizot, riveduta da Warnkoenig, e accompagnata da note, è comparsa col titolo di: *Précis à l'histoire du droit romain par Gibbon*. Liége, 1821.

(9) Hugo, *Rechtsg*. p. 60-65. (Citiamo quest'opera secondo la II edizione.)

conservarono nel principio, anche dopo il loro nuovo stabilimento, l'antico lor dritto: ondechè v' erano a Roma più dritti, i quali soltanto a poco a poco si confusero in un solo *dritto romano* (§. 25). Nella fondazione di questo nuovo Stato, i suoi membri si divisero in due classi differenti; i *patrizi* ed i *plebei*. I primi formarono una sorta di nobiltà ereditaria, ed essi soli avevano in principio il poter nelle mani, vale a dire ch' essi soli partecipavano al governo dello Stato ed allo spartimento del dominio pubblico *(ager publicus)* (1). I plebei, all' incontro, formarono la borghesia libera: alcuni erano nel tempo stesso *clienti* di un patrizio, che si aveano eletto per *patrono;* altri non dipendevano da verun patrizio, ed erano cittadini liberi e proprietari. Nel principio, i plebei non erano altro che i difensori del nuovo Stato, senza godere alcun dritto politico, ed esclusi per conseguente dal governo dello Stato e dalla spartigione delle pubbliche terre (2). Pare altronde, che i patrizi ed i plebei differissero tra loro non solamente di stato, ma altrettanto di origine; ch' è la ragione per cui ne' primi tempi, benchè riuniti sotto il medesimo governo, avevano nondimeno dritti e costumi diversi (3).

Allo Stato romano era preposto un capo, eletto a vita, col titolo di *Rex;* una col quale governava il *Senato*, composto in principio di soli patrizi. Il potere legislativo apparteneva al popolo, ed era da questo esercitato nell'assemblea del popolo, *comitia* (4). Il re ed il Senato avevano il dritto di proporre leggi, *legem ferre* (5), sopra le quali si votava ne' *comizi*, in origine per *curie*, dov' entravano i soli patrizi, e dalla cacciata de' re e dal primo consolato in poi, per *centurie*, nelle quali i plebei furono ammessi: nel qual tempo solamente, costoro acquistarono qualche importanza ed una partecipazione al potere legislativo (6). La proposta non era in conto di legge obbligatoria, *lex curiata*, *centuriata*, se non dopo approvata dal popolo nei comizi (7). Le antiche *leges curiatae* (8) sono state raccolte, si dice, da un

(1) Quello che corrottamente si suol dire *demanio pubblico*. Anche il Guicciardini in tal senso usò *dominio*, dove ricorda che i Francesi chiamavano « *Terre di Dominio quelle solite a ubbidire immediatamente a' Re* » Lib. 2, cap. 2. — (*Trad.*)

(2) Niebhur, *R. Geg.* 1 parte, 2 ediz. p. 317-350, soprattutto p. 417 e seg.

(3) Il non veder citato il nostro Vico dove si tratti di storia del dritto romano, e massime de' più antichi tempi, non può non essere ad ogni Italiano soggetto almeno di maraviglia. Noi fedeli al nostro proposito di non render vana la intenzione dell'autore di confondere il meno possibile la mente degli studiosi, ci asterremo dal confronto delle dottrine preferite in questa materia dal giurista tedesco con quella scoperta ed insegnata dall'immortale filosofo napolitano. Solamente abbiam voluto, quasi passando, inchinarci a tanto nome; anche per ricordare a' giovani l'obbligo ch' essi hanno, quando sieno pervenuti a maggior maturità di mente e di studi, di nutrirsi di quella *Scienza* che per la sua copia e profondità meriterà sempre il suo titolo di *Nuova*. — (*Trad.*)

(4) Ma da quanto ha già detto, e da quel che segue, è chiaro che il poter legislativo in quei primi tempi non era di tutto il popolo, ma de' soli patrizi; e che perciò questo periodo manca della solita esattezza. — (*Trad.*)

(5) Presso i romani, *legem ferre* non suonava dare una legge, ma proporla al popolo; il che s'esprimeva altresì co' modi *rogare legem*, *rogationem ferre*. Di chi avea vinto il partito di una legge, si diceva: *pertulit legem*. V. del resto Einecio *Antiq. rom.* tit. 2.

(6) La divisione in classi e centurie è veramente del tempo di Servio Tullio, ma non pare fosse estesa oltre la milizia e le imposte, e che solamente dopo cacciati i re la si applicasse alle elezioni ed alle leggi, pel bisogno che aveano i patrizi dello aiuto del popolo (§. 22). — Vedi Cicer. *de Republ.* 2, 31. — Livio, lib. 1, 60. — Niebuhr, prima parte, 2. ediz. p. 446 e seg. — R. de Raumer, *De Servii Tulli censu*. Erlang. 1840.

(7) Talvolta però l'approvazione del decreto de' comizi dipendeva dalla ratificazione del Senato. Livio, 1, 17. — Cf. Dion. Alicarn. 2, 14; 4, 12; 9, 41.

(8) Chiamate *leges regiæ*, quando pro-

tal *Sextus* ovvero *Publius Papirius*, sommo pontefice a tempo di Tarquinio, ultimo re (1). Noi di siffatta collezione non abbiamo, se non alcuni frammenti, e questi medesimi molto dubbievoli (2).

§. 22. *Fondazione della Repubblica.*

Dopo la cacciata de' re (244 di Roma), diventò Roma una Repubblica, e la sovrana potestà passò a due *Consoli* eletti, in principio, tra' soli patrizi, e per un solo anno. Per effetto di tal cangiamento nella romana costituzione, tutto il sovrano potere si trovò fra le mani del senato e de' patrizi. I plebei erano al tutto esclusi dal governo e dall' amministrazion dello Stato, mentrechè i patrizi, per essere i più notabili ed i più ricchi, preponderavano eziandio ne' comizi per centurie, ne' quali erano allora eletti i magistrati e votate le leggi. Queste cagioni, unite alla tirannide da' patrizi esercitata verso i popolani impoveriti durante la guerra, fecero bentosto nascere grandi contenzioni tra le due parti, e dettero luogo all' ordinazione dei *tribuni del popolo* (260 di Roma) : i quali, scelti tra i popolani, difendevano le loro ragioni contro le pretensioni de' grandi, e le loro persone erano sacre ed inviolabili (*sacrosancti*) (3). Da prima non altro dritto avevano che di opporsi alle decisioni de' consoli e del senato (*intercedere*) e di attraversarne l'effetto mediante il loro *Veto* (4); ma ben presto si arrogarono quello di proporre a' popolani, ne' comizi per tribù, delle leggi sulle quali costoro votavano soli, e che approvate si chiamavano *plebiscita*. Nello stesso tratto, furono ancora accordati a' plebei altri due magistrati, gli *edili*. Erano questi incaricati della polizia e di altre materie concernenti il pubblico bene; come pure di spezialmente sopravvegliare taluni edifizi ed archivi (5). Rimasti tuttavia esclusi dagli altri magistrati superiori, i popolani solamente nel secondo periodo ottennero il consolato, la edilità curule, la dittatura, la censura, la pretoria, e da ultimo anche il ponteficato.

§. 23. *Le Dodici Tavole.*

La continua lotta tra' plebei ed i patrizi diè luogo alla *Legge delle XII Tavole*, in sul finire di questo periodo (300 di Roma) (6). Possono esse

poste dal re. Cicer. *de republ.* 2, 13-21; 5, 2.— Livio, 40, 29, parla di una collezione di leggi di Numa, che sarebbe stata trovata più tardi, ma soppressa dal Senato per ragioni di stato.

(1) Questa collezione ha quindi tolto il nome di *Jus civile Papirianum*: « non quia Papirius de suo quicquam ibi adjecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit. » fr. 2, § 2, D. 1, 2. Essa fu parimenti nominata *Lex Papiria*: Servio, sopra Virgilio, Eneid. XII, 836. È probabile che Papirio radunò le sole leggi relative al culto, ovvero che la sua opera fu solo un libro di formole destinato a' sacerdoti. Il giureconsulto *Granius Flaccus* scrisse ancora al tempo di Giulio Cesare un comento a detta opera (*De indigitamentis.*)-Glück, *De jur. civ. Papir. lib. sing.* In opusc. fasc. 2.—Daunou, *Sul dritto Papiriano*, nella Thémis, t. V. — Z. Salverda, *Disp. de jure civ. Papiriano*. Groening. 1825.

(2) Si trovano presso Hofmann, *Historia juris*, t. 2, p. 1.— Vedi pure Terrasson, *Istoria della giurisprudenza romana*, p. 22.

(3) Livio, II, 32, 33; III, 55. — Aug. Ferd. Soldan, *Comm. de origine, causis et primo tribunorum plebis numero*. Hanoviae, 1825.

(4) Perciò Cicerone, *Contra Rullum*, 2, 6, chiama il tribuno « *præsidem libertatis, custodemque*.

(5) Dion. Alicarn. VI, 90. — Gellio, XVII, 20.—Varrone, *De ling. lat.* IV, 14. — Pomponio, fr. 2, 20, 21, D. I, 2. Gli edili curuli furono ordinati più tardi. — Schubert, *de Romanorum ædilibus*. Regiomont. 1828.

(6) Il tribuno Caio Terenzio Arsa fu primo a promuovere questo spediente, con la *Lex Terentilla*, 293 di Roma.—V.

riguardarsi non tanto come un novello codice di ragion privata, che come una gran legge fondamentale dello Stato, mediante la quale fu tra patrizi e plebei stabilita una legale egualità: con esse furono determinati i limiti del poter giudiziario, ch'era in mano de' consoli: esse altresì segnarono più esattamente il cammino da tenersi nella procedura. In questa occasione, si mise parimente in iscritto una gran parte del dritto privato vigente e le antiche leggi particolari a ciascuna popolazione si fusero in un solo dritto nazionale (1). Questa gran legge delle XII Tavole, che fu anche detta semplicemente *Lex* ovvero *Lex decemviralis*, da' decemviri scelti per comporla acquistò grande autorità, e continuò ad essere ne' tempi posteriori e fino a Giustiniano, la base del dritto pubblico e privato de' romani (2).

§. 24. *Avanzi delle XII Tavole.*

Le Dodici Tavole furon pubblicamente esposte ai *rostra*, perchè tutti i cittadini le mettessero ad esecuzione (3). Dopo il sacco di Roma fatto da' Galli, furon da capo raccolte (4), e si rinvennero ancora esposte in tal sito nel terzo secolo dell'era cristiana (5).

Nulladimeno, a noi non n'è rimasto altro che alcuni frammenti conservati principalmente nel comento che ne ha fatto Gaio, onde alcuni avanzi soltanto si leggono nelle Pandette, in Ulpiano, ed in Festo *de verbor. signif.*; e siamo debitori al Gottofredo di averli raccolti (6). Le *Instituzioni* novellamen-

Livio, III, 32. — Cf. Evr. Otto, *Diss. de legibus XII tab.*; nella prefazione del suo *Thesaur. jur. rom.* t. 3, e nel suo *Comm. ad Instit.* Francf. e Lips. 1743. p. 617. — Gibbon, nella *Istoria della decadenza ec.* cap. 44. — Bonamy, *Diss. sull'orig. delle leggi delle 12 Tav.*, nelle Memorie dell'Accademia delle Inscrizioni, t. 12. — Serpius Gratama, *Oratio de Hermodoro Ephesio, vero XII tab. auctore*; in Annal. Acad. Groeniningianae, 1816, 1817. — Sebast. Ciampi, *Novum examen loci Liviani de legatis Athenas missis* Wilnae, 1821. — Wenc. Alex. Macierowski, *Legum Solonis et decemviralium comparatio, et excursus ad Livii historiarum lib. III, c. 31.* In Ejusd. opusc. Silloge 1. Varsoviae, 1823. — Leliévre, *Comm. antiquaria de legum XII tab. patria.* Lovanii, 1827. — A. C. Cosman, *De origine et fontibus XII tab.* Amstelod. 1829. — Hugo, *RG.* p. 97-108. — Zimmern, *RG.* t. 1, p. 92. — Walter, p. 90 e seg. — Holtius, *Hist.* § 15 e 16 (a).

(1) Livio, III, 34-56.

(2) *V.* Cicerone, *de leg.* 2, 23; *de orat.* 1, 43, 44. Cicerone in questo luogo fa dire a Crasso: « *Bibliothecas omnium philosophorum unus mihi videtur XII tab. libellus superare.* » - Livio, III, 44, le chiama: « *Fons publici privatique juris* » - Tacito, *Ann.* III, 27: « *Finis æqui juris.* » Il qual passo ha dato luogo a parecchie interpetrazioni (b).

(3) Non si sa se in principio fossero state incise in legno, in avorio, o in rame. Nel fr. 2, § 4, D. 1, 2, lo Scaligero invece di *eboreas* legge *roboreas*. Livio, III, 57, dice: *in æs incisas in publico proposuerunt.*

(4) Livio, VI, 1.

(5) Cypriani Epist., 2, 4.

(6) V. Jac. Gothofredus: *Quatuor fontes juris civil.* Genev. 1653; parimente in

(a) Il nostro Vico, così nella *Scienza nuova* come ne' *Principj del Dritto Universale*, costantemente si beffa della origine comunemente assegnata alle leggi delle XII Tavole, fondandosi massimamente in ciò che « Atene sfolgorava di tutte le arti della più colta umanità nel tempo, in cui si vuole che da Atene fosse portata in Roma la legge delle XII Tavole tanto incivile, rozza, inumana, crudele e fiera. » *Opere di Giamb. Vico*, t. 2, p. 193, Napoli, 1840. *(Trad.)*

(b) Dalle parole che seguono: « *nam secutae leges .... per vim latae sunt;* » pare che esclusa ogni altra interpetrazione, non possa intendersi la mente di Tacito essere stata altro che questa, che le dodici Tavole infino a' tempi suoi erano state le ultime leggi dettate dall'equità e dal libero desiderio del ben comune, dovechè tutte quasi le seguenti furono vinte a furore di parti. E notiamo che lo storico, benchè non si mostri gran fatto addentrato nella storia interna del dritto romano, pure lasciando stare il viaggio di Atene, dice che le XII Tavole furon composte raccogliendo ovunque fosse il migliore, *accitis quae usquam egregia.* *(Trad.)*

te scoperte di Gaio, come pure i *Vaticana Fragmenta* (§. 57), ce ne offrono ancora alcuni tratti non alterati, sconosciuti fin ora. Quelli tramandatici da Cicerone non son tutti veri frammenti, ma spesso mutati ovvero fatti ad imitazione. I più recenti saggi della restituzione delle 12 Tavole, e che si scostano di molto dal testo di Gottofredo, si tengono da Haubold e da Dirksen (1).

SECONDO PERIODO.

DALLA LEGGE DELLE DODICI TAVOLE INSINO A CICERONE.

(308 — 650 di Roma; 450 — 100 innanzi G. C.)

§. 25. *Delle fonti del dritto in questo periodo.*

Dopo le dodici Tavole, le fonti del dritto per le quali la legislazion decemvirale ed il dritto non scritto vigente allato di questa furono cangiati o compiuti, si riducono a due spezie principali; al *jus scriptum*, legislazione, e *non scriptum*, consuetudini: ma giova notare fin da ora, che il dritto romano fu dopo questo periodo di giorno in giorno perfezionato, non tanto per mezzo di disposizioni del poter legislativo, quanto per lo successivo sviluppo che magistrati e giureconsulti dettero ai principî del dritto resultante dalle consuetudini.

§. 26. 1. *Legislazione.*
1. *Leggi* (2).

Al *jus scriptum* appartenevano:

1° I decreti del popolo propriamente detto, ovvero *leges*, vale a dire le leggi che il popolo romano (*populus romanus*) votava e stabiliva ne' comizi per centurie, a proposta di un magistrato presidente al senato (3) (4).

§. 27. 2. *Plebisciti.*

2° I *plebiscita*. Erano questi delle leggi che i plebei votavano ne' *comizi*

Otto, *Thes.* III, p. 1. — Gravina, *Orig. jur. civ.* p. 280. — Terrasson, *Istoria della giurispr.* p. 54. — Bouchaud, *Comm. alla legge delle 12 tav.* Parigi 1787 e 1803, 2 vol. — Bach, *Hist. jur. rom.* 1, 2; ed. 6., p. 36. — J. H. Van der Heim, *de Jac. Gothofredi meritis in rest. XII tab. fragmentis.* Lugd. — Bat. 1823.

(1) Le ultime restaurazioni si trovano in Haubold, *Inst. jur. rom. privati hist. dogm. epitome.* Lips. p. 129. — Dirksen, *Sguardo su' saggi tentati insino a' nostri dì per la critica e restituzione del testo de' frammenti della legge delle 12 tav.* Leipsig, 1824. — *Legum XII Tabul. fragmenta cum variar. lectionum delectu*, ed. C. Zell. Fribourg Brisg. 1825.

(2) Heinnecius, *Antiq. rom.* 1, 2, §1-14.

(3) Galus, 1, 3. — § 4, I. 1, 2. — Le leggi votate ne' comizi per centurie dovevano sempre ottener la sanzione de' comizi per curie; nè furono francate da siffatta sanzione, se non da una delle leggi di Publicio.

(4) A ragione l'autore non determina qual fosse il magistrato proponente le leggi, perchè avevano siffatto dritto i Consoli, i Dittatori, i Pretori, i Tribuni militari con potestà consolare, i Dieci, tutti quei magistrati in somma, *penes quos erant majora Reipublicæ auspicia.* De' Censori alcuni negano, altri affermano, mossi principalmente dalla legge *Cæcilia de fullonibus*, proposta da un Censore, se si ha da credere a Plinio, *Hist. natur.* 35, 17. Quanto alle così dette *Leges censoriæ*, non eran mica leggi, ma si chiamavan così le allegazioni fatte da' Censori, come in Cicerone *in Verrem* 7. Ma quel che l'autore dice, che il magistrato proponente presedesse al senato, non sappiamo a che voglia riferirsi. Giustiniano non dice altro, a tal proposito, se non: « *senatorio Magistratu interrogante:* » e sebbene i dottori avvertano non doversi intendere di qualunque magistrato senatorio, nessuno parla di detta presidenza.

per tribù, a proposta di uno de' loro tribnni (1). Perciò erano esse dapprima obbligatorie pe' soli plebei, fintantochè i consoli *Horatius* e *Valerius* (305 di Roma) fecero approvare una legge, *ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret*, la quale dipoi (416 di Roma) fu rinnovata e confermata a proposizione del console *Publicius*, *ut plebiscita omnes Quirites tenerent;* e finalmente a proposta del dittatore *Hortensius* (465 di Roma) (2). Le *leggi*, dei pari che i *plebisciti*, tenevano il nome di quelli che le avean proposte; esempligrazia, *lex Aquilia*, *lex Plaetoria*, *lex Cincia*, *lex Furia*, *etc.*

§. 28. 3. *Senatoconsulti.*

3° I *senatusconsulta.* Erano questi delle deliberazioni prese dal senato, senza la partecipazione ed il consentimento espresso del popolo (3). Al pari delle leggi, essi riferivansi soprattutto al dritto pubblico; nonpertanto, in questo periodo si trovano già esempi di senatoconsulti concernenti il dritto privato. I plebei avevano alla prima ricusato di sottomettersi ai senatoconsulti; ma quando il senato riconobbe i plebisciti, consentirono anch' essi a riconoscere l' autorità de' senatoconsulti (4). I tribuni però conservarono il dritto d' interporre il loro *Veto* (5).

§. 29. II. *Consuetudini.*
A. *Del dritto consuetudinario in generale.*

Il *dritto di consuetudine* si formò per differenti modi, e fu, rispetto al dritto privato, ben più importante delle fonti sopra discorse. Esso componevasi de' *mores majorum*, ovvero di quel dritto che aveva il suo principio ne' costumi e nelle usanze degli antenati, ed era da questi passato a' discendenti (6); della *consuetudo*, ovvero quel dritto che in ogni tempo sussistette come opinion popolare e costumanza (7); e finalmente delle *cose giudicate*, *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*, ovvero quel dritto che si formò delle decisioni de' giudici, conformi in parità di casi (*usus fori*), e che in italiano si chiama *giurisprudenza delle decisioni* (8). I pretori ed altri magistrati superiori co' loro editti, e i giureconsulti col lavoro scientifico e con la pratica del dritto, acquistaron di già in questo periodo grandissimo peso nella confermazion delle consuetudini e nel perfezionamento successivo del dritto in generale. Bisogna perciò dare degli schiarimenti sopra ambedue siffatti dritti.

§. 30. B. *Editti de' magistrati.*
1. *De' Pretori.*

Da principio, il poter giudiziario apparteneva ai re, e dopo di essi, ai consoli (9). Ma fin dall' anno 387 di Roma, vi si ordinò allato de' consoli

(1) § 4, J. 1, 2, — Caio, 1, 3. — Enneccio, *loc. cit.* § 15-17.

(2) Livio, III, 55; VIII, 12. — § 4, I. 1, 2. — fr. 2, § 8, D. 1, 2. — Caio, 1, 3. — Gellio, *Nott. Att.* XV, 27, — Teofilo, *Parafr.* sul § 5, J. 1, 2.

(3) Caio, 1, 4. — § 5. J. 1, 2. — fr. 2, § 9, 12, D. 1, 2. — Heinnecius, *loc. cit.* § 46-54. — Haubold, *loc. cit.* § 156.

(4) Teofilo, *Parafr.* § 5, I. 1, 2.

(5) In tal caso non v'era più *senatusconsultum*, sibbene *senatus auctoritas.* Cicerone, *Ad. Div.* VIII, 8. — Livio, IV, 50, 56, 57. — Gellio, XIV, 7.

(6) Per esempio, fr. 1, D. XXIV, 1; fr. 2, pr. D. XXVIII 6. — Cicerone, *Top.* 5. — Richter, *De moribus majorum.* Lips. 1744.

(7) Vedete i passi indicati nelle note al § 3, e § 6.

(8) Fr. 38, D. 1, 3.

(9) Fr. 1, 16, D. 1, 2. — Livio, 1, 26; 2, 1.

un particolar magistrato, incaricato dell' amministrazion civile della giustizia. Questo magistrato chiamavasi *praetor urbanus*, e fu scelto in prima tra i patrizi, poi ancora (dall'anno 418 di Roma) tra i popolani (1); ma egli era soltanto competente quando ambe le parti godevano la romana cittadinanza *(inter cives jus dicebat)*. Non andò molto, che il numero sempre crescente de' forastieri a Roma, fu cagione che si scegliesse (508 di Roma) un secondo pretore incaricato di giudicar le quistioni degli stranieri tra di loro, o quelle che sorgevano tra romani e stranieri *(inter cives et peregrinos jus dicebat)*; ed ebbe titolo di *praetor peregrinus* (2). L' ufficio de' pretori durava un solo anno. Ne' municipî d' Italia, la giurisdizion civile apparteneva all' autorità municipale, e nelle provincie era esercitata dal *praeses provinciae*. Più tardi, massime dopo Adriano, siffatto ufficio fu dato, tanto in Italia che nelle provincie, ad alcuni uomini di legge, *juridici*.

§. 31. 2. *Editti de' Pretori* (3).

I. I Pretori ebbero presto grandissima parte nello sviluppo del dritto civile. Il dritto propriamente detto *romano (jus civile)*, fu in ogni tempo applicabile ai soli cittadini romani. Ma questi, avendo estesa la loro dominazione su tutta Italia e sopra molte altre contrade fuori d' Italia (4), furon tratti dal loro frequente commercio con quelli che non avevano la qualità di romani, a riconoscere ed applicare, oltre del loro antico dritto nazionale *(jus civile)*, notabile pe' suoi principj e le sue forme severe, un dritto generale di natura *(jus gentium)*. Questo dritto era il complesso di verità e principj di dritto generali, riconosciuti per tali da tutti i popoli inciviliti dell' antichità (5), e da principio non obbligava in Roma, se non i forastieri *(peregrini)*; ma ben presto obbligò eziandio gli stessi romani. Ne conseguiva, che l' antico dritto civile severo de'romani, si ravvicinò sempre più a questo general dritto naturale, ed i pretori furono mai sempre quelli che, mediante i loro editti, provocarono e regolarono cosiffatto ravvicinamento (6). In fatti, per potersi da un lato riparare dal rimprovero di arbitrio e di parzialità nello esercizio dell' ufficio loro, e dall' altro sottrarsi alle *intercessioni* de' tribuni, essi pubblicavano nell' entrare in magistrato uno *Editto*, cioè a dire annunziavano in forma di cartello affisso le regole di dritto, secondo le quali avrebber fatto ragione e giustizia nell' anno della loro amministrazione, ed il cammino che volevan tenere nella procedura, *ut scirent cives quod jus de quaque re quisque dicturus esset*, *seque praemunirent* (7). In questo editto non si proponevano essi precisamente di stabilir principj al tutto nuovi; ma il più delle volte riferivano ciò che a tempo loro s' era os-

(1) Livio, VI, 42; VII, 1; VIII, 15. — Heinnecius, *Ant. rom.* 1, 2, § 18-22.—H. Ph. M. Ruys Van Beerembroek, *Diss. de Praetoribus*. Leodii 1826.

(2) Fr. 2, § 28, D. 1, 2.—Teof. al § 27, J. 1, 2.—Laur. Lydus, *De magistrat. pop. rom.* 1, 38, 45.

(3) Heinnecius, *loc. cit.* § 23, 24.—Haubold, *Inst. his. dogm.* § 170 seg.

(4) La prima provincia era la Sicilia. Onde viene la espressione *provincia*? Hugo dice, che da *providentia*; Niebuhr, che da *proventus*.— Veggonsi qui le prime delineazioni dell' organamento provinciale.

(5) § 1, J. 12. — fr. 9, D. 1, 1.

(6) Teofilo, Paraf. sul § 7, J. 1, 2.

(7) Fr. 2, § 10, D. 1, 1. — Possono vedersi in Caio, 1, 6, delle pruove di questo dritto che avevano i pretori e gli edili curuli di bandire cosiffatti editti. Cicerone, *ad Attic.* VI, 1; *de Invent.* 2, 22.—*Auctor ad Herenn.* 2, 13. — A torto Ennecio, *Hist. jur.* lib. 1, § 67-70, e *Antiq. rom. jur.* lib .1, tit. 2, § 24, rimprovera detti magistrati di avere usurpato il poter legislativo esconvolto con diverse *artes* il dritto civile.— V. contro questa opinione: Bach, *Hist jur.* 2, c. 2, sez. 3; e particolarmente Hugo nel luogo citato.

servato come consuetudine; quando trovavano delle omissioni nel dritto vigente, o che giudicavano l' applicazion di questo impossibile a' loro dì, davano essi medesimi le regole secondo le quali volean decidere (1); ma soprattutto essi raddolcivano la severità dell' antico dritto civile, a norma del *jus gentium* e della equità (2), o con delle *exceptiones* e *praescriptiones* ch' essi accordavano contro una dimanda fondata sul dritto civile, nel caso che sarebbe stato iniquo (*iniquum*) il condannare il convenuto; o pure, rescindendo degli atti per altro validi (*restitutiones*); o anche, con la supposizione di certe immaginarie circostanze (*fictiones*), tostochè ragioni di equità il volevano (3).

L' editto che il pretore pubblicava al cominciar del suo ministero pe' casi che potrebbero occorrere, e nel proposito di conformarvisi tutto il tempo del suo magistrato, si chiamava semplicemente *edictum*, ovvero *edictum annuum*, oppure *edictum jurisdictionis perpetuae causa propositum*, o anche *edictum perpetuum* (4). L' editto de' due pretori di Roma si chiamava *praetoris edictum*, e davasi il nome di *edictum provinciale* a quello pubblicato da' viceconsoli e pretori di provincia. Vero è che non sempre ciascun pretore, cominciando le sue funzioni, componeva un nuovo Editto (*edictum novum*), ma ordinariamente conservava quello del suo predecessore in tutto o in parte (*edictum tralatitium*), secondochè l' esperienza gli avea dato o tolto riputazione, ed anche vi facea giunte o cangiamenti, allorchè le circostanze il richiedevano, o che egli ne vedeva la utilità (5).

§. 32. 3. *Degli edili.*

Come i pretori erano incaricati della cura di fare eseguire la giustizia, così agli edili si affidava quella della polizia. Dapprima non vi ebbe altro che gli *aediles plebis* (§. 22); ma in seguito furono eletti altresì tra i patrizi degli *aediles curules* (388 di Roma) (6). Questi ultimi avevano, come i pretori, il dritto di pubblicare (7), entrando in ufficio, un Editto conte-

(1) Papiniano, fr. 7. D. 1, 1, dice che il dritto pretorio fu introdotto a fin di aiutare, supplire, ed anche correggere il dritto legale, *adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis causa, propter utilitatem publicam.*

(2) *Æquitas* è sovente usato per opposto di *jus scriptum;* per esempio: «Haec aequitas *suggerit*, etsi jure *deficiamur:* » fr. 2 § 5, D. XXXIX, 3 (a).

(3) Caio, IV, 34 e seg., 57, 116, 117, 119. — Pr. § 1, 6, J. IV, 13.

(4) Non fu già sotto Adriano, come si è creduto, che questo Editto fu chiamato *perpetuo*. *Editto perpetuo* non significa altro di più, che *editto annuale*. Asconio Pediano sopra Cicer. *Orat. pro Corn. maj. reo.*

(5) Gli *edicta repentina* ovvero *prout resincidit*, che ordinariamente sono opposti all'Editto perpetuo (fr. 7, pr. D. 2, 1), non appartengono a questo luogo; non essendo stati altro che disposizioni dal pretore fatte in casi particolari. Così, per esempio, gli *edicta peremptoria*, nel fr. 68-70, D. V, 1. — Const. 8, C. VII, 43.

(6) Livio, VII, 1. — Pomponio, nel fr. 2, § 26, D. 1, 2. — Ennecio, *loc. cit.* § 25-27.

(7) § 7, J. 1, 2. — Teofilo, sul § 8, J. 1, 2.

(a) Ma propriamente non al dritto scritto si oppone, come nell' esempio riferito dall' autore, sibbene al dritto stretto: nel qual proprio senso vedesi elegantemente definita da Aristotile nell' Etica, 5, 10: « *juris legitimi correctio.* » Sicchè tre sono gli usi della parola *equità*: uno generale, ch' è la ragione e giustizia indispensabile a qualunque dritto perchè dirsi possa tale; gli altri due speciali, il primo per opposto al dritto stretto, il secondo opposto al dritto scritto. Il nome generale di equità conviene, come ad ogni altro dritto, così pure al civile: nel qual senso Cicerone, *Top.* 2, definisce appunto il dritto civile: « *aequitatem constitutam iis qui sunt ejusdem civitatis.* » (*Trad.*)

nente, a dir vero, piuttosto de' regolamenti di polizia ma che nonpertanto non era senza importanza pel dritto privato (1).

Il dritto introdotto dagli editti de' pretori e degli edili ricevette il nome di dritto onorario, *jus praetorium seu honorarium* (2) (3).

§. 33. C. *De' giureconsulti.*
1. *De' loro responsi.*

I giureconsulti (*prudentes*, *jureconsulti*) ebbero sul perfezionamento del dritto una influenza pari a quella de' pretori e degli edili (4). In fatti, quando i più importanti principj del dritto furon fissati mediante le Dodici Tavole e l'Editto, i giureconsulti cominciarono a svolgerli con le loro interpetrazioni, ed a renderli applicabili nella pratica; determinando nel tempo stesso le formole secondo le quali siffatti principj dovevano esser messi in uso. Così, chi non era egli stesso versato nella scienza delle leggi, era obbligato rivolgersi a un giureconsulto negli affari sopravvegnenti, e richiederlo de' suoi consigli e della sua assistenza. Questi allora gli apriva il suo avviso (*responsum*), ovvero difendeva la sua causa innanzi alla giustizia (*disputatio fori*) (5), oppur gli mostrava in che modo dovesse intentare un'azione o instituire degli atti validi. Per tal via, come altresì col lavoro scientifico in sul dritto, si formarono a poco a poco una quantità di regole e di principj. Cosiffatte dottrine, introdotte da' giureconsulti, sono appunto quelle che si denominano *auctoritas prudentum*, *sententiae receptae*, o anche *jus civile*, nel più ristretto significato (6).

§. 34. 2. *Degli scritti de' giureconsulti.*

In questo periodo si trovano pochissimi lavori scientifici sul dritto. Da

(1) L'*actio redhibitoria* e *quanti minoris* deriva dall'Editto degli edili. D. XXI, 1. — fr. 27, § 28, D. IX, 2.

(2) Certamente così denominato *ab honore praetoris*, cioè a dire dal potere che avevano i pretori e gli edili di esercitar siffatta giurisdizione. § 7, J. 1, 2. — fr. 2, § 10, D. 1, 2. — fr. 7, § 1, D. 1, 1. — Debbesi eziandio intendere in questo sentimento il fr. 7, § 1, D. 1, 1. — G. Parker de Ruyter Rochay de la Renay. *De juris honorarii auctoritate in jure Romanorum privato.* Lugd. — Bat. 1827.

(3) Il dritto edilizio non solamente era contenuto nel nome di dritto onorario, come la spezie nel nome del genere, ma si comprendeva altresì sotto il nome di dritto pretorio. Così dice Pomponio nel fr. 5. pr. *de verb. oblig.*, che sotto nome di stipulazioni pretorie abbiano ad intendersi altresì le edilizie, *nam et hae a jurisdictione veniunt*, significando con ciò, che quanto è detto delle pretorie, s'abbia ad applicare eziandio alle altre, quandochè la cagione ed origine delle interporle è per tutte una medesima, cioè la giurisdizion del magistrato. Vinnio, sopra il § 7, J. 1, 2. (*Il Trad.*).

(4) Ennecio, *Antiquit.* lib. 1, tit. 2, § 29-37.

(5) Fr. 2, § 5, D. 1, 2. — Non si ha certezza del senso da Pomponio dato al termine *disputatio fori*. Probabilmente era la domanda e la replica fatte innanzi a' giudici di una lite, che oggidì in italiano chiamansi *aringhe* o *difese*, anticamente chiamavasi *piato*. V. Ennecio *loc. cit.* 1, 2, 35. — Bach, *Inst. jur.* lib. 2. c. 2, sez. 5, § 1. — Haubold, *Inst. hist. dogm.* § 197.

(6) *Jus civile* ha presso i romani diversi significati, secondo le parole alle quali è opposto:

1° Nel sentimento più esteso, quando non è accompagnato d'altra parola, significa il *dritto positivo* di uno Stato in generale, *jus civitatis proprium quod quisque populus ipse sibi constituit.* Fr. 9, D. 1, 1. e § 1, J. 1, 2.

2° Significa principalmente il *dritto positivo* dello Stato romano, in opposizione al *jus gentium*. § 1. J. 1, 2; e Cic. *Top.* 5.

3° In un senso meno esteso dinota soltanto il dritto romano che non è *jus honorarium*, per conseguente le *leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta*, *auctoritas prudentum*, e più tardi altresì le *constitutiones Principum*. Fr. 7, D. 1, 1.

4° Nel più ristretto senso finalmente vale *auctoritas prudentum* e *disputatio fori*. Fr. 2, § 5; 12, D. 1, 2.

principio i patrizi ed i pontefici avevan soli una esatta cognizione delle formole di azioni e di procedura (*legis actiones*) (1), parimente che del calendario giudiziario (*dies fasti et nefasti*) (2).

Per tenere i popolani in soggezione, dicesi che lungo tempo essi mantennero queste cose segrete (3), fino a che un tal *Cn. Flavio*, segretario del giureconsulto Appio Claudio, gl' involò una raccolta in cui quegli avea disposto con un certo ordine siffatte *legis actiones* (449 di Roma), e le fè conoscere al pubblico (4). Quest' Opera fu dal suo nome chiamata *Dritto Flaviano*. Il medesimo Flavio pubblicò parimenti i *dies fasti*, de' quali aveva acquistato qualche spertezza per le frequenti dimande fattene ad Appio (5). Quindi in poi il dritto divenne ancora l' obbietto dello studio de' plebei, e *Tiberius Coruncanius*, che primo tra questi ottenne il ponteficato (452 di Roma), è altresì reputato il primo plebeo che abbia pubblicamente insegnato il diritto (6).

Ma dipoi, perfezionatosi il dritto, e nuove azioni e faccende richiedendo novelle formole, cento anni appresso (552 di Roma) un certo *Sextus Ælius Catus*, compose un nuovo libro di formole (*alias actiones composuit*), e si lo pubblicò. Da lui tolse il nome di *Jus Aelianum* (7).

I. *Commentarii juris* di Marco Porzio Catone il vecchio sono la prima opera scientifica di dritto, che venisse fuori nel presente periodo (8). Meritano ricordo M. P. Catone figliuolo del predetto (9), i tre giureconsulti a' quali Pomponio attribuisce di aver poste le fondamenta de' lavori fatti in sul dritto civile (*qui fundaverunt jus civile*), e scritti parecchi libri sopra ciò, Publio Muzio Scevola, Marco Giunio Bruto, e Manilio (10), tenuto per autore delle *actiones manilianae*, ossia formole de' contratti di compera (11); poi Lucio Crasso, fratello di detto Scevola (12); e finalmente Quinto M. Scevola, soprannominato l' Augure, figliuolo del ripetuto Publio Muzio (13), ed Ostillo,

(1) Fr. 2, § 6, D. 1, 2. — fr. 77; fr. 123, pr. D. L. 17, e Caio, IV, 11-20. — Haubold, *Inst. jur. rom.* ed. Otto, § 228. — L. E. Ram, *De legis actionum origine et progressu*. Traj. ad Rhen. 1804. — Van Hasselt, *De legis actionibus*. Groening, 1824. — Alsen, *de legis act*. Havniae 1825 e 1827. — Klien, *De ratione jurisprudentiae formulariae generali*. Lips. 1829.

(2) Il calendario romano determinava esattamente i giorni ne' quali si poteva render ragione (*dies fasti*), quelli in cui non era permesso (*dies nefasti*), e finalmente quelli de' quali una parte poteva essere impiegata nell' amministrazion della giustizia (*dies intercisi*). Ovidio dice a tal proposito, *Fast*. 1, 47:

Ille nefastus erit, per quem *tria verba* silentur;
Fastus erit per quem *lege* licebit *agi*.

Queste tre parole sono: *do*, *dico*, *addico*; e definivano la estensione della potestà pretoria. Varrone, *de ling. lat*. V. 4.

(3) Fr. 2, § 6, D. 1, 2. — Cf. fr. 2, § 35, ib. — Cicer. *de legib*. 2, 19; *pro Murena*, 11; *ad Attic*. VI, 1.

(4) Non si è sicuro se questo fu col consentimento di Appio, o mal suo grado. — Pomponio, fr. 2, § 7, D. 1, 2, dice: *subreptum librum populo tradidit*. — Plinio, *Stor. nat*. 33, 1: *cujus hortatu exceperat eos dies*. — Livio, 9, 46, parla soltanto della pubblicazione di questa opera. Secondo Cicerone, *pro Mur*. 11, i giureconsulti furono probabilmente dolenti di tal pubblicazione, ma Flavio n'ebbe tal grazia appresso il popolo, che fu nominato tribuno del popolo, senatore, ed edile curule. Pomponio *loc. cit*.

(5) Plinio, *Stor. nat*. 33, 1.

(6) Fr. 2, §. 35, D. 1, 2.

(7) Fr. 2, § 7, infin. D. 1, 2. Lo stesso Sesto Elio scrisse pure un ristretto del dritto civile, col titolo: *Tripartita*. fr. 2, § 38, ibid.

(8) Fr. 2, § 28, D. 1, 2. — Livio, 39, 40. — Cicerone, *de Orat*. 1, 37, 2, 33. — Festus, v.° *mundus*.

(9) Fr. 2, § 38, D. 1, 2. — G. C. Brillenburg, De jurisprudentia M. P. Catonis censoris ejusque filii. Lugd. — Bat. 1826.

(10) Fr. 2, § 39, D. 1, 2. — Hanbold, *loc. cit*. § 193.

(11) Varrone, *de re rust*. 2, 5.

(12) Cicerone, suo discepolo, il chiama: *jurisconsultorum disertissimum*. — Fr. 2, §. 40, D. 1, 2. — Cicerone, *Lael*. 1; *pro Balbo*, 20. — Valerio Mass. 8, 12.

(13) Fr. 2, § 41, D. 1, 2. — Cic. *de Orat*. 1, 39.

che fu l' autore delle *actiones hostilianae*, le quali erano probabilmente delle formole di testamento (1).

TERZO PERIODO.

DA CICERONE FINO AD ALESSANDRO SEVERO.
(650 — 1000 di Roma; 100 innanzi G. C. fino a 250 dopo).

§. 35.

Le turbolenze interne che produssero un mutamento nello Stato, erano cagionate :

1° Dalla spartizione delle terre comuni, così spesso eccitata (2);

2° Dalla partecipazione tanto desiderata di tutti gli abitanti d'Italia al dritto di cittadinanza (3);

3° Dalla mira di dare all'ordine de' senatori, dipoi a quello de' cavalieri una preponderanza politica sul terzo ordine, spezialmente in quanto a' tribunali, a fine d'innalzare sotto Silla la parte aristocratica (4). La corruzion de' costumi, il vilipendio della religione e delle instituzioni de' maggiori, la tirannide de' governanti, e le violenze de' privati tra loro, tutto contribuì a distruggere e la possanza e la riputazion dello Stato, del pari che la morale del popolo. Tutte le pruove ed i desiderî di far rivivere lo spirito dell'antica repubblica, furono invano.

§. 36. *De' mutamenti introdotti nella romana costituzione.*

Al cominciar di questo periodo, lo Stato romano serbava tuttavia il nome e l'apparenza di una repubblica, ma nello effetto taluni potenti esercitavano di già un potere monarchico. Cesare Ottavio, soprannominato *Augusto*, dopo la disfatta di Antonio alla battaglia di Azio (31 anno innanzi G. C.) si pose alla testa del governo, con titolo di *princeps reipublicae*, riunendo nella sua persona le più importanti tra le antiche dignità della repubblica (5). La quale sotto il dominio di lui vide tuttavia rispettate le sue forme, ma esse scomparvero a poco a poco sotto i suoi successori; fintantochè trasmodando sempre più la potenza de' *principes*, si fu trasformata in un fiero dispotismo (6). Il poter legislativo passò gradatamente dalle mani del popolo in quelle degli imperatori, e le loro *constituzioni* fornirono in breve una novella e fecondissima fonte al dritto pubblico e privato.

§. 37. *Delle fonti del dritto in questo periodo.*
1. *Decreti del popolo.*

I mutamenti sperimentati in questo periodo dal dritto privato, furono da prima fatti dai decreti del popolo, chiamati ancora quando *leges*, quando *plebiscita* (§§. 26 e 27), ed il cui numero non fu mai maggiore che al tempo delle civili guerre, onde lo Stato fu afflitto in principio del presente

(1) Cicerone, *de Orat.* 1, 57.

(2) Appiano, *de bell. civ.* 1, 7, 8.—Plutarco, *T. Gracco*, 8, 9.—Floro, III, 13.—Varrone, *de re rust.* 1, 2, § 9.

(3) Appiano, I, 21, 23, 34, 35-39, 49, 53, 64-67. — Plutarco, *C. Gracco*, 5, 8. Perciò il dritto romano divenne tutto ad un tratto quello di tutta l'Italia.

(4) Appiano, I, 22, 35. — Plutarco, *T. Gracco* 16; *C. Gracco* 5; *Pompeo*, 22.

(5) Perch'egli avea la *potestas tribunitia*, il *proconsulare imperium;* era *imperator*, *praefectus morum*, *pontifex maximus;* spesso altresì era *consul*.

(6) Tacito, *Annales*, 1, 1 e seg.

periodo (1). Molti tra essi furono e restarono poi gran tempo importantissimi pel dritto civile (2), e più tardi furono a lungo comentati da' giureconsulti classici (§. 44). La legge più notabile pel civil dritto in questo periodo è la *Lex Julia et Papia Poppaea*; la quale avea per principal suo fine il diminuire il numero degli smogliati e di così aumentare la popolazione dell'Italia, diradata dalle guerre civili. Ma a misura che il poter de' *principes* trasmodò nel volger di questo periodo, sempre più rari divennero i decreti del popolo, e verso la fine del periodo non n'è più parola.

§. 38. 2. *Senatoconsulti.*

I detti mutamenti presero eziandio occasione da' *senatoconsulti* i quali, massime dacchè i plebisciti cominciavano a diradare, divennero una fonte di dritto anche più importante che per innanzi, e serbarono la loro influenza insino alla fine di questo periodo. Essi ricevettero particolari nomi, o dal console che li proponeva (3), o dall'imperatore che ne facea la proposta per via di lettera, *per epistolam*, o a bocca, *ad orationem principis* (4); come anche davasi loro il nome della persona che vi dava motivo (5).

Il senato rappresentava in questa epoca il principio moderatore rispetto al principe, come ne' tempi addietro avealo fatto rispetto al tribunato e a' comizi per tribù.

§. 39. 3. *Constituzioni imperiali.*

Questi mutamenti furono altresì prodotti dalle constituzioni de' principi, le quali furono in questo periodo novelle sorgenti di dritto. In fatti, quando Roma non serbava più della sua libertà altro che le forme, e che le cariche si furono accumulate nella persona del principe per tutto il tempo di sua vita, questo conformemente agli usi degli antichi magistrati della repubblica cominciò fare ordinanze e regolamenti in virtù degli uffizi da lui tenuti. Furon questi denominati *placita* o *constitutiones principum* (6); e poichè di

(1) *Corruptissima republica plurimae leges*, dice Tacito *Ann.* 3, 27.

(2) V. Jac. Gothofr. *Quatuor fontes jur. civ.* Ginevra 1653. — Ennecio, *Comm. ad L. Jul. et Pap. Pop.* Amster. 1792. — Bach. *Hist. jur.* 3, 1, sez. 2, § 8. — Cf. Haubold, *Inst. lit.* t. 1, p. 317. — J. J. Keuker, *Diss. de rest. legis Juliae et Pap. Pop.* Leodii, 1830.

(3) Per esempio, *Senatusconsult. Silanianum*, sotto Augusto. — *Sc. Vellejanum*, sotto Claudio. — *Sc. Trebellianum*, sotto Nerone. — *Sc. Pegasianum*, sotto Vespasiano.

(4) Per esempio, diversi *Sc. Claudiana.* — *Sc. Neronianum.* — V. pure fr. 8, D. 2, 15. — fr. 3, D. 24, 1. — fr. 52, § 10, D. 17, 2. — fr. 1, D. 20, 2.

(5) *Sc. Macedonianum*, da un tal *Macedo*, che ammazzò suo padre per contentare i suoi creditori. — Teofilo, sul § 7. J. IV, 7. — fr. 1, D. 14, 6. — Nonpertanto pare che questo non sia accaduto altro che per questo solo senatoconsulto.

(6) Fr. 1, pr. D. 1, 4: « Quod *principi placuit*, legis habet vigorem: utpote cum *lege regia*, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. » — Caio, 1, 5: « Constitutio principis est, quod imperator *decreto*, vel *edicto*, vel *epistola* constituit, nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator *per legem* imperium accipiat. » — § 6, J. 1, 2. — Sulla *Lex Regia* vedi Ennecio *Antiq.* 1, 2, dove si ritrova un frammento di essa. — Bach. *Hist. jur.* 3, 1. — Haubold, *Inst. hist. dogm.* § 57, nota *b.* — V. soprattutto Niebhur 1, p. 381, con rimando a Cicerone *de Rep.* 2, cap. 13, 17, 18, 21 (a).

(a) Sopra il volgarizzamento da me intrapreso dell'aureo Comento del Vinnio, ho già notato, e credo bene di qui riferire, come dice il Vico che la forma monarchica s'introdusse in forza di una *eterna natural legge regia*, di cui egli medesimo dà la formola e la spiegazione. « La qual legge (sono sue parole, *Sc. Nuova* » p. 558) non han veduto gli interpetri della » romana Ragione occupati tutti dintorno alla » *favola* della legge regia di Triboniano, di cui

questo tempo, l'appello dalle decisioni de' tribunali ordinari si portava innanzi agli imperatori, questi si videro presto costretti di ordinare un consiglio di alti ufficiali e giureconsulti, a' quali rimettevano gli affari sottoposti alla lor decisione ed avviso. Il qual consiglio, intitolato *auditorium principis* (1), divenne subito il tribunal supremo di tuttoquanto l'imperio. I giudizi e le decisioni sopra questioni di dritto, da esso renduti a nome dell'imperatore, si chiamavano *decreta*, e le instruzioni da esso dirette ad uomini particolari o pubblici, prendevano il nome di *rescripta*.

§. 40. 4. *Editti de' pretori.*

Gli editti de' pretori apportarono anch'essi delle modificazioni; stantechè i pretori e gli edili in Roma, ed i viceconsoli e vicepretori nelle provincie, continuarono tuttavia in questo periodo a pubblicare uno editto nell'entrare in uffizio. Ma perchè parecchi si facean lecito di dipartirsi dal proprio editto, secondochè nello esercizio di lor magistrato ne venia loro il capriccio, Cornelio tribuno del popolo vinse una legge (687 di Roma) ch'ordinava: *ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent* (2). Con tutto ciò, gli editti soffrirono pur sempre delle variazioni; ma esse erano men frequenti che per addietro.

§. 41. *De' lavori fatti sull' Editto pretorio. Ofilio.*

Come l'editto pretorio era da gran tempo una delle precipue fonti del dritto privato, divenne altresì tra non molto l'obbietto de' lavori letterari e dello insegnamento: ma innanzi tratto, abbisognò disporre in un certo ordine quello informe ammasso di regole incoerenti, formato di giunte e particolari cangiamenti in tempi diversi, spogliarlo del rancido, fare un corpo di quelle cose che tenevansi insieme, e divider tutto in parti, per facilitarne la general comprensione. Il primo a segnalarsi in siffatto lavoro fu Ofilio (3), amico di Cesare, dovechè Servio Sulpicio, maestro di Ofilio, e stretto tutta

(1) Questo Consiglio imperiale non solamente si occupava delle questioni di dritto, ma trattava altresì degli affari del governo, e per tal rispetto era eziandio chiamato *Consistorium principis*. V. Haubold, *De Consist. principum Rom.* ne' suoi opuscoli. — Savigny, *Storia del dritto romano nel medio evo*, t. 1. La importanza de' decreti e rescritti era grande fin da principio, perch'essi erano recati a notizia del pubblico mediante i giornali (*acta diurna*), e per tal risguardo erano il medesimo che le decisioni delle nostre corti. Quanto alla pubblicazione per gli stessi giornali, vedi Plinio, *Ep.* VI, 4.

(2) Dio Cassius, 26, 23. — Ascon. Ped. *Ad Cic. pro Corn. maj. reo.*

(3) Di lui dice Pomponio, fr. 2, § 44, D. 1, 2: « Edictum praetoris primus diligenter composuit; » il che non significa ch'egli scrisse sopra l'editto, ed anche meno ch'egli stesso fece l'editto, perchè per far questo avrebbe dovuto esser pretore, ed egli nol fu mai.

» opertamente si professa autore nell'Istituta, » ed una volta l'appicca ad Ulpiano nelle Pandette: ma l'intesero bene i giureconsulti romani, che seppero bene del dritto naturale » delle genti, per ciò che Pomponio nella brieve Storia del diritto romano, ragionando di » cotal legge, con quella bene intesa espres» sione ci lasciò scritto: *Rebus ipsis dictantibus regna condita.* » In sostegno della quale opinione si può leggere Tacito *Ann.* 1, § 3 4, il quale non potrebbe con maggiore evidenza significare che lo Stato romano si cangiò naturalmente da libero popolare in monarchico; e non tanto che ci narri di una legge regia espressamente fatta, mirabilmente ci dipinge le arti da' primi principi adoperate per far sentire il meno possibile l'avvenuta mutazione. E sappiamo altronde, che Augusto, fattosi già padrone di tutto in Roma, usava dire ch'era padrone solamente de' servi, de' soldati non altro che comandatore (*imperator*), e di tutti non più che principale (*princeps*). (*Trad.*)

la vita in amistà con Cicerone, avea soltanto composta una succinta raccolta del dritto pretorio (1).

§. 12. *Della nuova redazion dell'editto per opera di Salvio Giuliano.*

Sebbene l'opera di Ofilio fosse di molto merito e di utilità grande pe' contemporanei suoi, non era pertanto altro che il lavoro di un privato, senza punto di autorità. Ondechè l'editto di Ofilio soggiacque ad accrescimenti e mutazioni, e col volger del tempo si sentì la necessità sempre più urgente di farlo ritoccare sotto gli auspizi della pubblica autorità. Questo stato di cose continuossi infino a quando Salvio Giuliano pervenne alla pretoria, sotto Adriano. Diverse circostanze si riunirono per metter quest'uomo in istato di rimediare a detto male, con una novella composizion dell'editto, in modo proporzionato allo scopo che si doveva toglier di mira (2). Giuliano era un gran giureconsulto, e capace come tale d'intraprendere un'opera cosiffatta (3). Come pretore, o almeno designato per tale uffizio (4), i suoi privilegi più estesi di quelli d'un semplice privato, gli davano facoltà di correggere, levare ed aggiungere. Oltre a ciò la sua intrapresa era consigliata da Adriano, e sostenuta dalla costui autorità (5). Degli editti de' pretori conservò egli tutto quanto era in uso al suo tempo, accorciandone quanto si potea (6), e sceverandone tutto ciò che poteva esser contraddittorio; fè sparire quel che s'era fatto vieto; aggiunse e mutò talune cose secondo i bisogni del suo secolo (7); dispose e divise tutto per ordine di materie (8). Adriano confermò questa opera con un senatoconsulto (G. C. 131) (9), e da quel tempo in poi questo editto restò in sostanza tal quale, e divenne uno degli obbietti principali dello insegnamento. Giuliano stesso il comentò (10), e dopo lui più altri, tra' quali segnalasi Ulpiano (11), fecero il medesimo (12).

(1) « Ante eum (Ofilium) Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit. » Pomponio, *loc. cit.* — Cf. fr. 5, § 1, D. 14, 3. — È noto che si riferisce di Cesare com'egli volea *jus civile ad certum modum redigere* (Svetonio, Isidoro), epperò mettere insieme i plebisciti e senatoconsulti: onde si ha che la collezion del dritto in generale, secondo la qualità dello stesso obbietto propostosi, si divideva in collezion del dritto della legislazione propriamente detta, e collezion del dritto pretorio, cioè del dritto proveniente dalla giurisprudenza.

(2) Anche di lui è detto: *perpetuum edictum composuit.* — Eutropio, 8, 17. — Aurel. Victor, *de Caesar.* 19, dice, certo a torto, dell'imperatore Didio Giuliano: « *qui primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus promebatur, in* ordinem *composuerat.* » — Giustiniano parla di questa *compositio edicti*, comparandola alle sue *compositiones*. Const. Tanta, de confir. D. § 18.

(3) Per queste parole da lui spesso profferite, si vede quanto egli amasse il sapere: « Etsi alterum pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addicere. » Fr. 20, D. 40, 5.

(4) Si vede esser egli divenuto pretore, pel fr. 5, D. 40, 2.

(5) V. Const. Dedit, de confirm. Dig. § 18: « Sed et D. Hadrianus piae memoriae, quando ea quae a praetoribus quotannis edicta fuerant, brevi complexus est libello, *adsumpto ad id optimo Juliano.* »

(6) V. nella stessa costituzione le parole: *brevi complexus est libello.*

(7) Nel fr. 3, D. 37, 8, è parola di una *nova clausula*, provegnente da Giuliano.

(8) Giustiniano il chiama egli stesso *ordinatorem edicti praetorii perpetui*. V. Const. 10, C. IV, 5.

(9) Const. Dedit, de confirm. Dig. § 18.

(10) Sotto il titolo: *Digestorum libri XC.*

(11) Ulpiano scrisse anch'egli: *Libri LXXXIII ad edictum praetoris*, de' quali i primi 81 sono un comento all'editto del pretore, e gli altri due un comento all'editto degli edili.

(12) Noi non possediamo più, se non de' frammenti dello editto proprio. Si trovano presso Gugl. Ranchini, *Edictum perp. Salvi Jul. restitutum;* nel *Thes.* di Meerman, t. 3, p. 235; in Jac. Gothof. *Quatuor fontes jur. civ.*; copiati da quest'ultimo in Otto, *Thes.* t. 3, ed in Hoffman, *Hist. jur. rom.* vol. 2, p. 1, pag. 305. — La più compiuta raccolta fattane

§. 43. 5. *Giureconsulti.*

I risponsi e pareri de' giureconsulti furono la quinta causa de' mutamenti sperimentati dal dritto privato. I giureconsulti furono sempre in grandissima stima appresso i romani, e i semplici privati ed i magistrati avevan per uso di far capo agli uomini di legge per avere il loro avviso sopra i casi dubbi che occorrevano. Ogni giureconsulto avea la libertà di rispondere *de jure*, ed ogni risposta avea, prima di Augusto, una eguale autorità; non l'autorità della legge, veramente, ma quella di un uomo di legge. Augusto fu il primo che dette a taluni segnalati giureconsulti il privilegio particolare di rispondere in suo nome; onde avvenne che i pareri di cotali giureconsulti dovettero acquistare maggior riputazione (1). Adriano determinò anche più precisamente il grado di autorità che questi responsi dovevano avere, ordinando che quando i pareri de' giureconsulti autorizzati a rispondere fossero unanimi, avessero forza di legge (*legis vicem*) e fossero seguitati da' giudici, e che quando non si accordassero, il giudice si conformasse alla opinione da lui reputata più equa (2). La libertà che generalmente aveano gli altri giureconsulti di rispondere sopra i quesiti di dritto, conservò il secondo posto, e fu rivestita della stessa autorità di prima; ma essa non fu punto ristabilita da Adriano, siccome si è creduto (3). Noi abbiamo già veduto di che peso erano le loro decisioni (4).

§. 44. 6. *Della scienza del dritto.*

I lavori fatti sul dritto da' dotti, in questo periodo, contribuirono anch'essi a' mutamenti effettuati nel dritto civile; perciocchè lo studio del dritto, aiutato dalla filosofia e letteratura greca, pervenne in breve al sommo della sua gloria. I più profondi giureconsulti di Roma allor viventi, scorti da una intelligenza illuminata e penetrante, avanzarono a gran passi nell'aringo di questa scienza, e la recarono ad un'alta perfezione. Perciò si ha per costume di nominarli *giureconsulti classici*. I loro scritti contenevano schiarimenti e sviluppamenti tali da non lasciar nulla a desiderare sulle sorgenti del dritto; ed essi furono in tanta osservanza, che le decisioni de' tribunali pigliavan norma da' loro pareri, tra perchè spesso eglino sedevano ne' più onorevoli uffizi, e perchè nell'applicazion delle Dodici Tavole e dell' Editto non si poteva far senza del soccorso delle loro dotte spiegazioni. Da' costoro scritti appunto furono tratte le *Pandette*, per ordine dell' Imperator Giustiniano (5).

si è quella di Wieling. *Frag. edicti perpetui*. Franeq. 1733. — La storia dell'editto è stata descritta da Ennecio, *Hist. edictor. et edicti perpetui*, ne' suoi *Opusc. posthum.* ed *Opp.* t. 7, sez. 2.

(1) Da Augusto fino al tempo di Costantino, ed anche fino a quel di Giustiniano, i giureconsulti eran chiamati *juris auctores*, o *conditores*, forse in opposizione ai *veteres*. V. Giustiniano nel § 4, Const. Deo auctore.

(2) Caio, 1, 7. — Cf. § 8, I. 1, 2, e Teofilo sul § 9, ibid.

(3) Per causa del fr. 2, § 47, D. 1, 2.

(4) Warnkoenig, sopra Gibbon, p. 118. — A. C. Holtius, *De auctoritate Ictorum rom.* nei Comment. Instituti Belgici. — Du Caurroy, *Sopra i responsa prudentum*, nella *Thémis* t. 2, p. 17, e t. 7, 62 (ediz. belg.).

(5) Ecco l'attestato che Leibnitz rende a questi uomini ed a' loro scritti: « *Dixi saepius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum jurisconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis.* » Oper. vol. 4, p. 3, pag. 267. Ed in seguito: « *Ego Digestorum opus vel potius auctorum, unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi, sive rationum acumen, sive dicendi nervos species, quod magis accedat ad mathema-*

§. 45. *Giureconsulti celebri innanzi Augusto* (1).

I giureconsulti più celebri di questo periodo, innanzi Augusto (2), erano: * Q. Muzio Scevola (3), Aquilio Gallo, M. T. Cicerone (4), Servio Sulpicio Rufo (5), * Alfeno Varo (6), Ofilio Trebazio Testa (7), Cascellio (8), Tuberone (9), * Elio Gallo (10), Granio Flacco (11).

§. 46. *Delle scuole e sette de' giureconsulti dopo Augusto.*

Dopo Augusto, pare che i giureconsulti autorizzati a risolvere i quesiti di dritto ad essi proposti (§ 44), si fosser più che mai divisi in talune *scuole o sette:* almeno Pomponio nella sua Storia del dritto, ch' egli comincia ad Augusto e termina ad Adriano, mette sempre in iscena due uomini di leggi professanti spesso opinioni e principî diversi (12). Ma probabilmente queste

ticorum laudem. » Epist. t. 1, p. 119. — Cf. Savigny, *Storia del dr. rom. nel medio evo*, t. 1, p. 4.

(1) V. Pomponio. fr. 2, § 41-47, D. 1, 1. — Vinc. Gravina, *De ortu et progressu juris civilis*, § 46, e seg. — Hoffman, Hist. juris, p. 1.

(2) Negli avanzi a noi pervenuti de' giureconsulti classici, parimente che nelle costituzioni degli imperatori anteriori a Costantino, questi giureconsulti son chiamati *veteres* (talvolta pure *antiqui*).

(3) Pomponio, nel citato fr. 2, § 41, dice di lui: *Jus civile primus constituit;* e Cicerone, *de Orat*, 1, 39, il nomina *Hominem omnium et disciplina juris civilis eruditissimum et ingenio prudentiaque acutissimum, — jurisperitorum eloquentissimum, eloquentium juris peritissimum.* Cicerone, *Brutus*, c. 39-40. — Von Randwyck, *Spec. continens vitas Ictor. roman. Q. M. Scaevolae et. P. Rutilii Rufi.* Groening. 1826.

(4) Propriamente parlando, Cicerone non era giureconsulto, ma oratore e filosofo; nondimeno egli avea molta cognizione del dritto, ed i suoi scritti, massime le aringhe, nelle quali talvolta fa da attore, tal altra da difensore, sono di grandissimo momento per lo studio dell'antico dritto, e sono stati sotto tale aspetto l'obbietto di molti lavori. V. la ricca bibliografia di Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* ed. Otto (1826), p. 146, nota *c.* — Vi si deve aggiungere: P. E. Mussé, *De M. T. Ciceronis orat. in Corn. Verrem, de jurisdictione siciliana*, Lugd. — Bat. 1824. — J. K. Klerck, *De M. T. Ciceronis orat. pro Caetio.* Ibid. 1825. — A. C. Rovers, *Diss. in M. T. C. orat. pro Roscio Comaedo.* Traj. ad Rheu. 1826. — P. J. Elout, *Ad M. T. C. orat. pro Balbo*, Lugd. — Bat. 1828. — M. Schaaf Gratuma, *De M. T. C. philosophia de jure civitatis et imperii principiis.* Groening. 1827. — Ed. Platnerus, *De iis partibus librorum Ciceronis rhetoricorum, quae ad jus spectant.* Marb. 1829. Ed. secunda, 1831.

(5) Cicerone, *Brutus*, c. 41. — Fr. 2, § 44, D. 1, 2. — Ever. Otto, *De vita et scriptis Servii Sulpicii*, nel suo *Thes.* t. 5, p. 1549. — *Quaestionum de Servio Sulpicio Rufo, jur. rom.* Sp. 1, 2 scripsit. R. Schneider. Lips. 1834.

(6) Ever. Otto, *Alfenus Varus*, nel suo *Thes.* t. 5, p. 1633.

(7) Nic. Hier. Gundling, *C. Trebatius Testa;* cum praef. de Ictis rom. illustribus. Gottl. Aug. Jenichen, Lips. 1736.

(8) Ever. Gothofr. Lagemans, *Dissert. de A. Cascellio Icto.* Lugd. — Bat. 1823.

(9) P. H. S. Vader, *De Q. Ælio Tuberone Icto, ejusque quae in Digestis extant fragmentis.* Lugd. — Bat. 1824.

(10) *C. Ælii Galli Icti de verborum quae ad jus civile pertinent significatione fragmenta.* Recensuit continuaque animadversione atque excursibus illustravit Carol. Guil. Em. Heimbach. Lips. 1823.

(11) I nomi segnati con un asterisco, sono di quelli i cui scritti si hanno estratti nelle Pandette. *V. Index Ictorum Florentinus*, nella ediz. di Gottinga e in quella di Beck del *Corpus juris civilis.* — Wieling, *Jurispr. restituta*, dà anche un catalogo, sebbene assai monco, degli autori che hanno sposti i frammenti dell'uno o dell'altro di detti giureconsulti.

(12) Fr. 2, § 47. D. 1, 2. — Sopra tali differenti sette v. Vinc. Gravina, *De ortu et progr. jur. civ.* § 45. — Hoffman, *Hist. jur.* p. 1, pag. 312. — Mascovins, *De*

scuole non sono realmente state altro che stabilimenti d' instruzione, ripartiti in istudii (*stationes*) e destinati a dar pareri (1); le quali instituzioni si differenziavano tra loro pel modo di pensare de' professori e de' capi, a cui gli allievi si attennero per parecchie generazioni. Siffatta separazione e diversità di vedute e di principj fecero naturalmente nascere parecchie controversie, disputate dapprima con accanimento, ma che più tardi furon composte da costituzioni imperiali oppur dalla pratica. Si ricordano i seguenti autori come i fondatori ed i più caldi partigiani delle due scuole principali:

* *Antistio Labeone* (2).
  Nerva, avolo di quello che fu imperatore.
* *Procolo*, che dette il suo nome a' propri discepoli, chiamati Proculeani.
  Pegaso.
* *Giuvenzio Celso*.
* *Nerazio Prisco*.

Atejo Capitone.
Massurio Sabino, onde vennero i Sabiniani.
Caio Cassio Longino, onde vengono i Cassiani.
Celio Sabino.
* *Giavoleno Prisco*.
* *Aburno Valente* (3).
* *Salvio Giuliano* (§. 42).

§. 47. *De' giureconsulti celebri dopo Adriano.*

Dopo Adriano le scuole non furono più distinte bene tra loro. In questo tempo si usa porre gli Eclettici, ossia quelli chiamati *herciscundi* e *miscelliones* (4), benchè senza fondamento; perciocchè ve ne furono certamente anche per innanzi, insieme con le scuole, com' è pur certo ch' eziandio dopo Adriano non mancarono, tra i giureconsulti, de' partigiani delle antiche scuole (5). I più notabili de' giureconsulti dopo Adriano sono: *Tarunteno Paterno, *Mauriciano, *Papirio Giusto (6), *Terenzio Clemente, *Volusio Meciano (7), *Emilio Macro, *Callistrato, *Trifonino, *Ulpio Marcello, *Sesto Cecilio

sectis Sabinianorum et Proculianorum. Lips. 1728. — Eckhart, *Hermeneut. jur.* p. 152 e seg.

(1) Cf. Gellio, *Noct. Att.* XIII, 13.

(2) Ch. Gl. Biener, *Antistius Labeo juris civ. novator*. Lips. 1786; e ne' suoi *Opusc.* Lips. 1830, t. 1, n° 9 (a).

(3) P. F. Smeding, *De Salvio Aburno Valente ejusque quae in Digestis extant fragmentis*.

(4) Festo, V° *miscelliones*. Brunquell; *De jctis herciscundis*, ne' suoi *Opusc.* p. 419. Il nome di *herciscundi* è fondato sopra un equivoco di Cuiacio. Vedi sopra ciò Spangenberg, *Einl. in das Roem. Rech.* p. 230.

(5) Caio, 1, 196, 2, 15, 37, 217; 111, 87, 98, e in più altri luoghi si dichiara egli stesso ancor partigiano della scuola di Sabino e Cassio, ch'egli chiama *nostri praeceptores*; mentre per contrario nomina Procolo e i suoi allievi *diversae scholae auctores*. Cf. fr. 32, D. 39, 2. — fr. 138, pr. D. 45, 1. — §. 2, J. III, 23 (24).

(6) Pipers, *De Papirio Justo jcto*. Lugd. — Bat. 1824.

(7) Abbiamo ancora di lui un trattatello sulla divisione dell' *as*, pubblicato primieramente da Sichard nella sua ediz. del *Breviarii Alariciani* (Basil. 1528); poi in Graevius *Thes. antiq. rom.*; finalmente sotto il titolo: *L. V. Maeciani assis distributio, et Balbi mensoris de asse libellus*. Bonnae 1831.

(a) La vera indole delle due scuole e dei loro capi si ha in quelle parole di Tacito; » *Illa aetas duo pacis decora simul tulit: sed Labeo incorrupta libertate, et ob id fama celebratior; Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur. Illi, quod praeturam intra stetit, commendatio ex injuria; huic, quod consulatum adeptus est, odium ex invidia oriebatur.* » (*Trad.*).

Africano, Elio Marciano, *Pomponio (1), Cervidio Scevola (2), e massimamente Caio (3), * Emilio Papiniano (4), Domizio Ulpiano (5), * Giulio Pao-

(1) Egli è l'autore di un *Enchiridion juris*, un gran frammento del quale, concernente le fonti del dritto, i magistrati e i giureconsulti fin a sotto Adriano, è stato inserito nelle Pandette (fr. 2, D. 1, 2). — *S. Pomponii de orig. juris et omnium magistratuum et successione prudentium fragmentum*, ed. Chr. Gli Haubold, Lips. 1792. Le spiegazioni di Cuiacio, Blinchersoechlo ed altri, sopra Pomponio, si trovano riunite in J. C. Uhlius, *Opusc. ad histor. jur. etc.* Halae 1735. Abbiamo inoltre del suo *Liber singularis regularum* un picciol frammento sulla Indivisibilità delle servitù. — *V. Fragm. S. Pomponii*, Bonnae 1831.

(2) Jo. Lud. Conradi, *De vita et scriptis Q. Cerv. Scaevolae*. Lips. 1755.

(3) Su' suoi scritti ved. Bach, *Hist.* 3, 2. sez. 5. — La più importante opera di Caio è quella intitolata *Institutiones*, perch'ella è il fondamento delle Instituzioni di Giustiniano. Lunga pezza noi non la conoscemmo altro che per quello che ne possedevamo nel *Breviarium Alaricianum* (§. 59). Trovasi in Schulting, *Jurispr. antej.* pag. 1, e nel *Jus civ. antej.* di Berlino, t. 1, p. 187; ultimamente fu pubblicato di nuovo, con osservazioni critiche, da Ed. Boecking, col titolo: *Gaji Institutionum libri duo et fragmentum Papiniani ex lege romana Visigothorum.* Bonnae 1831. — Cf. Haubold, *Inst. lit.* t. 1, p. 278.

Non pria del 1816, Niebhur scoprì le vere Instituzioni di Caio in un *palimpsesto* della biblioteca del capitolo di Verona. Questo *Codex Veronensis* è stato stampato sopra una copia che ne fu tratta nel 1820 da Goeschen, Becker e Bethmann—Hollweg; e pubblicato col titolo: *Gaji Institutionum Commentarii IV, e codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis auspiciis regiae scientiarum Academiae Borussicae nunc primum editi.* Berol. apud Reimer, 1820, in 8.° Vi si legge una prefazione di Goeschen, contenente i particolari di questa scoperta, e nella quale egli ha sposto lo stato e l'antichità di questo *Codex*, come pure il modo tenuto nel deciferarlo; recando altresì a notizia gli scritti ne' quali comparvero i primi schiarimenti sopra tal nuova scoperta. Il testo, che presenta tuttavia numerose lacune, è arricchito di osservazioni fatte da diversi dotti, soprattutto da Hugo, Savigues, Humbold, Goeschen, Hollweg e Biener. Come supplemento trovasi alla pag. 339 un frammento rinvenuto parimente a Verona insiem con Caio, e che ha per titolo: *Fragmentum veteris Icti de jure fisci.*

Nel 1824 venne fuori la seconda edizione di Caio, pubblicata, aumentata e corretta da Goeschen, considerabilmente arricchita e rettificata dalla collazione che fè Blume col *Codex Veronensis*, ed in cui si fece uso delle avvertenze critiche di altri dotti.

Il testo di Caio, ristampato sulla 1ª ed. di Berlino, si trova altresì nella *Ecloga juris civilis, qua cum Justinianeis Institutionibus Novellisque 118 et 127 continentur Gaji Institutionum Commentarii IV, Ulpiani regular. liber singularis, Pauli sententiarum libri V, et breviora quaedam veteris prudentiae monumenta etc.* Parigi, 1822. Trovasi pure in *Gaji Institutionum comm. IV.* Leipzig, presso Hartmann, 1825;

Una nuova revisione critica del testo:

a) Solamente del IV° libro di Caio, ma accompagnata da molte rettificazioni, spiegazioni ed avvertenze, ha per titolo: *Gaji Icti Institutionum commentarius quartus sive de actionibus.* Recensuit etc. Aug. Guill. Heffter. Berol. 1827, in 4.°

b) Di tutto il Caio, sotto il titolo: *Gaji Institutionum comm. IV*, cura A.G. Heffter, Bonnae, 1830, in 12.

c) Una composizione delle Instituzioni di Caio e di Giustiniano, con un testo corretto e delle osservazioni, è venuta a luce sotto il titolo di: *Gaji et Justiniani Institutiones jur. rom. Recognoverunt etc.* C.A.C. Klenze e Ed. Backing. Berol. 1829.

Hassi pure il cominciamento di una traduzione tedesca di Caio, col titolo: *Die Institutionen-Commentare.* Tradotto dal latino e fornito di chiose da Ch. Ulrico Hans di Brockdorff. Schleswig, 1824. — Vi ha dipoi una traduzion francese di J. B. E. Boulet, con annotazioni. Parigi 1827-28.

Tra le opere pubblicate su Caio, si fan notare: G. A. E. Dittmar, *De nomine, aetate, studiis ac scriptis Gaji Icti romani.* Lips. 1826. — C. G. Haubold, *Oratio: quantum fructum ceperit jurisprudentia rom. et universa antiquitatis cognitio e recens inventis Gaji Institutionibus genuinis* (1820). Ne' suoi *Opusc.* ed. Wenck, p. 665. — A. R. Brinckmann, *Notae subitaneae ad Gaji Institutionum commentarios.* Slesvict et Lips. 1821. — W. Van Swinderen, *Collatio Institutionum Justi-*

lo (1) e Modestino (2). Gli altri meno celebri, ma che nondimeno han con le loro opere fornito materia alle Pandette, sono: *Tertulliano, *Rutilio Massimo, *Licinio Rufino, due o tre Saturnini, *Arrio Menandro, *Turio Antiano e * Fiorentino.

niani cum Inst. Gaji Veronae inventis, inde ab initio usque ad locum de tutelis; negli *Annal. acad. Groening. 1821.* — Evez. Dupont, *Disquisitiones in commentarium IV Institutionum Gaji recenter repertarum.* Lugd. — Bat. 1822. — C. A. D. Unterholzner, *Conjecturae de supplendis lacunis quae in Gaji Institutionum commentario IV occurrunt.* Wratislav. 1823. Sn quest'ultima opera vedi Dupont, nella *Thémis*, t. 6, p. 86. — C. F. Elvers, *Promptuarium Gajanum*. Goett. 1824. — Jo. Potter van Leon, *Collatio Institutionum Justineanarum cum Gaji Instit. Veronae inventis.* Groening. 1823. — C. T. Van Assen, *Adnotatio ad Inst. Gaji commentarios.* 1826. Tra il restante dei suoi numerosi scritti, pare che le sue *Res quotidianae* sieno state un libro assai stimato. Si suppone che fosse un nuovo lavoro sulle sue Instituzioni, oppur contenesse soltanto delle giunte, rettificazioni e spiegazioni di talune materie. Giustiniano se ne giovò parimente. Proem. *J.* §. 6.

(4) Non altro possediamo de'suoi scritti (*v.* Bach, *loc. cit.* §. 19) se non quanto ne contengono le Pandette, i *Vaticana fragmenta*, e la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, come pure il breve passo *De pactis inter virum et uxorem*, in fine del *Brev. Alaricianum.* Schulting, p. 810, ed il *Jus civ. antej.* Berol. t. 1, p. 245, citano egualmente questo passo.

(5) Bach, *loc. cit.* §. 25-28. — Da' suoi scritti si è attinta la maggior parte dei frammenti inseriti nelle Pandette. Oltre a ciò, abbiamo di lui: *Tituli ex corpore Ulpiani*, che i moderni chiamano *Fragmenta Ulpiani*, per non essere opera al tutto compiuta: essa ci è stata conservata da un sol manoscritto non falsificato, il quale trovasi ancora a Roma, nella biblioteca del Vaticano. Furono primieramente pubblicati da Dutillet, aiutato da Cerlacio, col titolo di: *Tituli XIX ex corpore Ulpiani*, Parigi 1549. Sopra le edizioni che tenner dietro, *v.* Hugo, *Index editionum fontium*, in seguito della sua edizione di *Pauli sentent. receptae.* Berol. 1795. — Haubold, *Inst. lit.* t. 1, n. 175. Trovansi pure in Schulting, p. 537. Negli ultimi tempi, Hugo se n'è molto occupato: egli li pubblicò la prima volta col titolo: *Domitii Ulpiani fragmenta libri regularum singularis, uti videtur, vulgo XIX tituli ex corpore Ulpiani.* Berol. 1788; dipoi un'altra edizione fu pubblicata nel 1811, sopra una copia esattissima del manoscritto del Vaticano; quindi nel 1814 fu stampato lo stesso manoscritto, come parte della nuova ediz. del *Jus civile antejustinianeum.* Questa edizione fu riveduta e venne fuori in Berlino, per la quarta volta, nel 1822. — Le ultime ediz. sono: *D. Ulpiani Fragmenta, quae dicuntur tituli ex corpore Ulpiani; ex recognitione* J. C. Blantschli edidit ed. Boecking. Bonnae, 1831; ed un'altra pubblicata a Berlino nel 1834, da Hugo. — Sono eziandio da particolarmente osservarsi: F. A. Schilling, *Diss. critica de Ulpiani fragmentis.* Vratislaviae, 1824. — Il medesimo, *Animadversiones criticae ad Ulpiani fragmenta.* Lips. 1830, 1831. Sonosi anche a Vienna scoperti testè alcuni frammenti delle Instituzioni di Ulpiano. *De Ulpiani Institutionum Fragmento in Bibliot. palatina Vindobonensi nuper reperto* — scripsit Stephanus Endlicher. Vienna 1835.

(1) Bach, *loc. cit.* §. 30-35. — Haubold, *loc. cit.* p. 276. La più preziosa delle sue opere era quella intitolata: *Sententiae receptae*, donde si è molto attinto per le Pandette, e che noi possediamo solamente nel *Brev. Alaricianum.* Essa rinviensi in Schulting, a p. 187. Fu posta a luce da Hugo, Berlino, 1795, ed oggi fa parte dell'ediz. di Berlino del *Jus civ. antej.* e dell'*Ecloga jur. civ.* Parigi, 1822. I *Vaticana fragmenta* contengono pure molti estratti delle sue opere. L'ultima edizione critica è: *Julii Pauli receptarum sententiarum ad filium libri quinque cum interpetratione Visigothorum.* Recognovit etc. L. Arendt. Bonnae, 1833. Molti gli attribuiscono parimente il *Fragmentum veteris Icti de jure fisci.*

(2) Bach, loc. cit. §. 41. — Haubold, *loc. cit.* p. 285. — Un frammento de'suoi *Regularum lib. III, de bonis libertorum*, si trova in Schulting, p. 801, ed in *Jus civ. antej.* Berol. t. 1, p. 245. — La più importante sua opera tratta *De excusationibus tutorum et curatorum*, in lingua greca, e molti passi ne sono stati pigliati per le Pandette. — *V.* Kriegel, *Antiqua versio latina fragmentorum e Modestini libro de excusationibus in Dig. obviorum in integrum restituta.* Lips. 1830.

§. 48. *Degli scritti de' giureconsulti.*

Dal gran numero riferito di nomi più o meno famosi, facil cosa è conchiudere che in questo periodo la letteratura del dritto fu ricchissima (1).

Ecco le classi, alle quali si può ridurla:

1° *Comenti sopra talune fonti di dritto*, particolarmente sulle 12 Tavole, sull'Editto, sopra certi decreti del popolo e senatoconsulti;

2° *Sistemi*, abbreviati sotto il titolo d' *Institutiones*, ovvero di *Regulae*, *Definitiones*; e *Sistemi* trattati più per esteso e per minuto, sotto il titolo di *Digesta*;

3° *Comenti su' sistemi di altri giureconsulti*, per esempio: *libri ad Sabinum;*

4° *Monografie*, ossia trattati sopra talune materie di dritto *(libri singulares)*;

5° *Scritti de' casisti*, come a dire *responsa*, *epistolae*, *quaestiones;*

6° *Controversie; discussioni;*

7° Da ultimo, gli *scritti diversi*, verbigrazia: *libri variarum lectionum*, *membranarum*, *differentiarum*, *etc.*

QUARTO PERIODO.

DA ALESSANDRO SEVERO FINO A GIUSTINIANO.
(255 — 550 dopo G. C.)

§. 49. *Mutamenti nello Impero romano.*

Dopo la morte di Alessandro Severo (235 di C.) l'impero romano, una volta sì potente, ma digià indebolito, camminava a gran passi verso la sua totale distruzione. I Principi salivano al trono e ne precipitavano secondo il capriccio de' pretoriani, e la costituzione si fu presto trasformata in un despotismo militare assoluto.

La confusione toccò il suo colmo allorchè, sotto il principato di Valeriano (250—260), diverse popolazioni della Germania, gli Alemanni, i Franchi, i Goti e gli Eruli inondarono le romane provincie. Vero è che Diocleziano restituì qualche vigore all'imperio (284), ma fu pure sotto di lui che l'impe-

(1) Oltre alle due opere originali di Caio e di Ulpiano di già discorse, quella di Paolo, e quel tanto degli scritti dei giureconsulti romani che ci è stato conservato nel *Breviar. Alaric.*, nella *Collatio leg. mosaic.*, e nelle Pandette di Giustiniano, abbiamo pure alcuni frammenti particolari di scritti dello stesso tempo, i cui autori non ci sono ben noti.

1° Il primo ha per titolo: *Fragmentum regularum veteris Icti de juris speciebus et manumissionibus*. Ci è stato conservato dal grammatico Dositeo, e trovasi in Schulting, p. 803, e nell'ediz. di Berlino del *Jus antej*. V. sopra ciò Haubold, *loc. cit.* p. 272. È stato ultimamente ritoccato e pubblicato da F. Ad. Schilling, *Diss. crit. de fragmento jur. rom. Dositheano denuo graece et latine edito.* Pars prior. Lips. 1819. La prima parte contiene un esame critico del testo, la seconda dee racchiudere una spiegazione. Non s'ha a confondere con questo frammento il libro: *Dosithei magistri lib. III, continens Adriani imp. sententias et epist.*, che si trova altresì in Schulting, p. 855, e che poco vale.

2° Il secondo frammento è nominato *Fragm. veteris Icti de jure fisci.* Sol da pochi anni è stato trovato a Verona, una con Caio; ed insiem con questo fu pubblicato.

3° Il terzo frammento è venuto a luce col titolo: *Fragm. graecum de obligationum causis et solutionibus, imprimis de stipulatione aquiliana ab Ang. Maio nuper in lucem protractum, iterum edidit et brev. annot.* C. G. Haubold, Lips. 1817, e ne' suoi *Opusc.* ed. Wenck e Stieber, vol. 2, p. 247.

rio cominciò ad esser diviso. Costantino (306-337) rifece l'antica Bisanzio, la quale ingrandita ed abbellita ricevette da lui il nome di Costantinopoli; e fattone la seconda città dell'imperio, egli vi trasferì la sedia del governo. Dal suo regno la religion cristiana cominciò ad esser la dominante, e la lingua greca cacciò sempre più via dell'Oriente la latina. Questi due fatti furono necessariamente di grande effetto pel dritto romano (1). L'impero fu nuovamente diviso tra i figliuoli di Costantino, ed il simile fecero quelli di Teodosio, de' quali Arcadio s'ebbe l'Oriente ed Onorio l'Occidente (395). Benchè si stesse a siffatta partizione, pure le romane provincie abbandonate agli attacchi sempre più violenti de' barbari, a' quali i deboli imperatori di Occidente non potevano opporre alcuna resistenza, furono una dopo l'altra invase e perdute. Alarico, Re de' Visigoti, attaccò l'Italia in principio del quinto secolo, e saccheggiò Roma. Gli Alani, Vandali e Svevi traversarono le Gallie per insignorirsi della penisola posta oltre i Pirenei, e di là tragettare in Africa; i Franchi, i Borgognoni, gli Ostrogoti si sparsero nelle Gallie, nell'Elvezia e sulle rive del Reno; la Gran Brettagna toccò a' Sassoni; ed Attila il quale verso il 450 si gettò sopra i Galli co' suoi Unni devastatori, minacciò l'imperio di Occidente di una prossima rovina. La corte di Costantinopoli era forzata a riguardare in silenzio queste tempeste che si levavano in Occidente: la sua propria debolezza, ed ancor più la sua politica tutta per sè, non gli permettevano di tentare con potenti sforzi la liberazione di quelle contrade; sicchè ad Odoacre riuscì finalmente di distruggere ogni avanzo della parte occidentale dell'impero romano (476). Da quel tempo, e per sempre, quell'antica signoria romana ch'avea abbracciato l'universo, si restrinse al solo imperio di Oriente (2), il quale sostennesi ancora insino al 1453, nel quale anno l'occuparono i Turchi.

§. 50. *Mutamenti nel dritto romano.*

I mutamenti incorsi dal dritto in questo periodo, furono quasi unicamente operati dalle *costituzioni* degli imperatori e dall'*uso*. Le costituzioni spesseggiarono sempre più, in proporzion de' dritti che si arrogava il despotismo degli imperatori; ma esse erano, in quanto al lor contenuto ed allo scopo loro, molto differenti tra sè (3). Le leggi propriamente dette, massime quelle fatte sotto i primi imperatori, erano in assai piccol numero. La più parte di esse non risguardavan neppure il dritto privato, sibbene il governo dello stato, particolarmente i danari pubblici, la guerra e l'amministrazion delle provincie. Non ve ne avea quasi nessuna, innanzi a Costantino, la quale contenesse nuovi principî di dritto; ma limitavansi generalmente ad indicare il modo di applicare in certi casi ed a certe persone il diritto vigente. In tale aspetto, si suol dividerle in due specie:

(1) Dell'influenza del cristianesimo sul dritto romano, v. Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* §. 138, 139.—Troplong, *Dell' influenza del crist. sul dritto civ. de' Romani*. Parigi, 1843. Ristampato a Lovanio 1844. L'autore cerca provare che il cristianesimo ha potentemente operato su quasi tutte le parti della ragion civile romana; che lo sviluppamento del cristianesimo nella società romana è stato successivo; e divide il suo trattato in tre grandi epoche; quella delle persecuzioni: quella degli imperatori convertiti; e quella degli imperatori datisi in sul convertire. Egli prende l'elemento cristiano al suo nascimento, nel momento ch'esso si combina col dritto, per giunger poi all'epoca cristiana di Costantino, e più tardi a quella di Giustiniano.—De Meysenbug, *De christianae religionis vi et effectu in jus civile*. Goett. 1828.

(2) Giustiniano riconquistò veramente l'Italia, ma già sotto il suo successore ella era di nuovo e per sempre perduta per l'Impero.

(3) Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* §. 161, p. 25.

1ª Le *constitutiones generales*, regole generali a cui ciascun soggetto era tenuto a conformarsi: alla qual classe particolarmente appartengono gli *edicta* ovvero le *leges edictales*, che sole si posson riguardare come vere leggi (1).

2ª Le *constitutiones personales*, le cui disposizioni riguardavano solo talune persone: del qual numero erano i *privilegia* (2); ma vi si possono altresì contare:

a) I *mandata*, ordini o istruzioni degli Imperatori a' magistrati;

b) I *decreta*, decisioni sopra processi pervenuti per la via della provocazione o dell'appello, al Consiglio degli imperatori (*auditorium principis*);

c) I *rescripta*, risposte sopra quistioni dubbie, date dagli Imperatori con la scorta di questo medesimo Consiglio e secondo il dritto esistente (3).

Prima di Costantino le costituzioni degli imperatori non erano per la maggior parte altro che de' decreti e de' rescritti; ma dopo quel principe gli editti venner fuori in maggior numero, ed erano spesso in tanto più importanti, che il cristianesimo distruggeva molte delle antiche idee, e che i costumi e la lingua dell'Oriente, in cui era la sedia dell'Impero, si appartavano all'intutto da' costumi e dalla lingua dell'Occidente.

§. 51. *Della decadenza della scienza del dritto.*

La scienza del dritto, che avea raggiunto il suo più alto grado di perfezione sotto Adriano ed i due Antonini, perdette la sua forza, stettesi indarno, e non potè serbare la sua importanza in mezzo allo interno disfacimento a cui l'impero soggiaceva dal tempo della morte di Alessandro Severo. Tutte le cognizioni furono degradate, e l'antico spirito romano cadde sotto il giogo del despotismo e della corruzione (4). Non si mostrò in questo periodo quasi nessun notabile giureconsulto, e tra quelli che pur ci furono prima di Giustiniano, i soli Gregorio, Ermogene (5), Aurelio Arcadio Parisio, e Giulio Aquila, son degni di ricordo; gli ultimi tre, per essersi delle opere loro conservati alcuni frammenti nelle Pandette (6), e gli altri due pe' grandi servigi resi con le due collezioni da lor fatte delle costituzioni degli Imperatori (§. 54).

§. 52. *Stato delle fonti del dritto al principio del quinto secolo.*

Al cominciar del quinto secolo, lo stato delle fonti del dritto era come segue. Quanto alla *teoria*, le fonti erano gli antichi plebisciti, i senato-

(1) Const. 3, C. 1, 14, — V. nondimeno Const. 12, ibid., e la nota seguente.

(2) Fr. 1, §. 3, D. 1, 4: » *Plane ex his* (constitutionibus) *quaedam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur.* »

(3) Si vede che questi rescritti non erano, in principio, delle leggi propriamente dette, per ciò che si legge detto dagli imperatori Teodosio e Valentiniano nella const. 2, C. 1, 14: » *Nec generalia jura sint, sed leges faciant his dumtaxat negotiis et personis pro quibus fuerint promulgata.* » Era cosa naturalissima che si consultassero come i *praejudicia* del tribunale superiore o i *responsa prudentum*. L'autorità di leggi fu loro attribuita da Giustiniano. Const. 12, C. 1, 14. — V. il §. 39, note.

(4) Per farsi una idea del discadimento della scienza del dritto in questi tempi, basta consultar la lettera di pubblicazione del *Codice Teodosiano*, e compararla con Ammiano Marcellino, 30, 4.

(5) Egli fece, sotto il titolo di *Juris Epitomarum libri IV*, una raccolta di estratti cavati dagli scritti degli antichi giureconsulti; fu adoperato nella composizion delle Pandette di Giustiniano. Bach, *Hist. jur.* 3, 3, sez. 4, §. 8. — Finestres e di Mensalvo, *In Hermogeniani juris epitom. libr. IV commentarius.* Cervariae Lacetan. 1757.

(6) Haubold, *Inst. hist. dogm.* §. 195.

consulti, gli editti de' magistrati romani, le costituzioni imperiali e le consuetudini non scritte: le 12 Tavole erano pur sempre le fondamenta di tutte le leggi, il restante riguardavasi come una giunta o modificazione. In quanto alla *pratica*, non altre fonti si usavano, che le opere de' giureconsulti classici e le costituzioni (1). Quei giureconsulti, in effetto, avevan reso a' giudici ed alla pratica un segnalato servigio, sbrogliando con la lor fatica, ad uso ancora degli ignoranti, quel caos delle antiche sorgenti delle leggi. I loro scritti adunque conservarono tuttavia l'autorità goduta per innanzi in giustizia; ma oltre che il numero n'era grandissimo (2), e che al rovinar delle scienze sempre più rare ne diventaron le copie, i giudici non erano più in istato di pesare le ragioni da' giureconsulti allegate in sostegno delle loro opinioni, e si contentavano il più delle volte di attenersi ai nomi celebri, o a quella opinione della quale conoscevano i motivi. L'autorità ciecamente accordata alle opinioni de' giureconsulti aumentossi ognor più; e sapendosi come quelli che più argutamente avean trattato del dritto, non si accordavano in moltissimi punti, leggiermente si comprende quanto la giustizia nelle mani di cosiffatti giudici fu vacillante, incerta ed arbitraria.

§. 53. *Delle ordinanze di Costantino, Teodosio II, e Valentiniano III, sugli scritti de' giureconsulti.*

In tale stato delle cose, pare che Costantino avesse di già sentito la necessità di designare con apposite ordinanze quali tra gli scritti degli antichi giureconsulti dovevano avere una particolare autorità, e quali non esser riguardati per niente (3). Cento anni dipoi (426) Teodosio II fè pubblicare per l'impero di Oriente una simile ordinanza, la qual presto ebbe forza di legge eziandio per l'Occidente, sotto Valentiniano III (4). Ordinariamente si attribuisce, ma a torto, questa ordinanza a Valentiniano III, e per tal motivo la si chiama *Legge di citazione* (*Citirgesetz*) *di Valentiniano*. Secondo detta ordinanza, tutte le opere di Papiniano, Paolo, Caio, Ulpiano e Modestino, e quindi quelle degli antichi giureconsulti, le opinioni e i trattati de' quali erano stati adottati e sposti da' cinque predetti, ebbero autorità pari a quella delle leggi, ma bisognava innanzi, che i manoscritti fossero stati collazionati, e se ne fosse determinata la vera lezione: furono però eccettuate le note di Ulpiano e di Paolo sopra Papiniano, proibite già per innanzi da Costantino, e che non dovevano più essere di alcun momento.

(1) Savigny, *Stor. del drit. rom. nel medio evo*, t. 1, p. 7.

(2) Gibbon, *loc. cit.* p. 168, dice: Nello spazio di 10 secoli la infinita varietà delle leggi e delle opinioni su di esse riempì parecchie migliaia di volumi, che nessuno era abbastanza ricco per comprare, nè capace di percorrerli. I libri non si trovavano facilmente, ed i giudici poveri nel seno dell'abbondanza, erano spesso forzati a fare di proprio capo. Cf. Const. 2, §. 17, C. 1, 17.

(3) Sapevamo già per la Const. 1, Cod. Teodos. 9, 43, che Costantino non volea che si tenessero per degne di attenzione le note di Ulpiano e di Paolo sopra Papiniano, e per la *Consultatio vet. Icti*, §. VII (Schulting, *loc. cit.* p. 821) si è riconosciuto che le *Sentent. rec.* di Paolo avevano ottenuto una grande autorità dalle costituzioni imperiali. Possono eziandio vedersi due constituzioni di Costantino, ignote finora, che il Clossio, professore a Tubinga, ha rinvenute nella biblioteca Ambrosiana di Milano, e con l'aiuto delle quali si spiega il » *sicut dudum statutum est* » della *legge di citazione* di Valentiniano. V. *Theod. Codicis genuini, fragmenta ex membranis bibl. Ambr. Mediol.* Primum ed. Clossius Tubing. 1824.

(4) Trovasi questa nel Cod. Teodosiano, qual *Const. un. de rep. prudentum*, 1, 4. — V. sopra ciò Haubold, *Exerc. de emendatione jurisprud. ad Imp. Valentiniani III instituta etc.* Lipsia 1796, e i suoi *Opusc.* vol. 2, p. 1.—Wenk, nella sua prefazione ad Haubold, ha fatto a questo autore ricche aggiunzioni. — Savigny, *loc. cit.* t. 1, p. 8.

Quando i pareri eran divisi, la pluralità delle voci decideva; in parità di voci, il parere di Papiniano prevaleva, e quando questi non avea niente detto, la decisione era lasciata alla saviezza del giudice. Per tutte dette ordinanze si guadagnò poco, o piuttosto niente affatto; perchè invece di una disamina profonda delle differenti opinioni, la qual per innanzi era sempre possibile, il giudice trovavasi in qualche modo astretto a contare macchinalmente le voci (1).

§. 54. *Gregorianus et Hermogenianus Codex.*

Rispetto alle costituzioni occorse una difficultà della stessa natura, sebbene molto meno importante. Il loro numero era grande, e ciascuna era stata stabilita e pubblicata separatamente: di guisa che non leggier cosa era il conoscerle e possederle per intero. Si fè quindi sentire la urgente necessità di ridurle insieme; e tanto appunto intrapresero i due giureconsulti Gregoriano ed Ermogeniano (2), i quali vissero verso la metà del quarto secolo, componendo due Codici delle costituzioni degli imperatori (3), che nonpertanto non contenevano in massima parte altro che de' rescritti (4). Il *Codice gregoriano* racchiudeva le costituzioni degli imperatori da Adriano infino a Costantino, ed il *Codice ermogeniano* probabilmente non era altro che una giunta fatta al primo, contenente le costituzioni di Diocleziano e di Massiminiano. Del resto, non ci è di detti codici rimasto altro che alcuni frammenti (5).

§. 55. *Theodosianus Codex.*

Il *Codice teodosiano* fu opera di assai maggior momento che gli altri due testè discorsi (6). In fatti, l' imperator Teodosio il giovane, aiutato da più giureconsulti, a capo de' quali era Antioco, stato già console e prefetto del pretorio, fece una raccolta di editti imperiali, la quale egli accompagnò ancora con alcuni rescritti e pubblicolla nel 438, come Codice per lo impero di Oriente (7). Di presente egli mandò questo novello codice al suo genero Valentiniano III, il quale adottollo il medesimo anno per l'Occidente, e presentollo in Roma al senato, da cui fu accolto con acclamazione (8).

(1) Perciò questo in seguito fu vietato da Giustiniano, nella Const. *De auctore*, de concept. Digest. ad Tribonianum, §. 6.

(2) Una prova che si chiamavan così e non, come altri credono, Gregorio ed Ermogene, è che nella *Consultatio veteris Icti* è citato il *Corpus Hermogeniani*, §. 89.

(3) Per l'addietro taluni giureconsulti avean già fatto di simiglianti raccolte. Papirio Giusto avea posti insieme i rescritti de' *Divi fratres* (Wieling, *Jurisp. rest.* p. 157); Dositeo, i rescritti di Adriano (Schulting, p. 855, e Dositeo, *Magistri interpretamentorum liber tertius*; ed. Boeking, Bonnae, 1832, p. 1); Ulpiano, nel suo libro *De officio proconsulis*, ha raccolte tutte le ordinanze contro i Cristiani (Lattanzio, *Div. Inst.* V, 15); e Giulio Paolo aveva riuniti diversi decreti imperiali sotto il titolo *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI* (Inscr. fr. 113, D. 35, 1).

(4) Bach, *Hist. jur.* III, 3, sez. 4, §. 2-8.

(5) Si trovano in Schulting, p. 683, e nell'edizion di Berlino del *Jus civile antejustinianeum*. — Cf. Haubold, *Inst. lit.* p. 259.

(6) È certamente più esatto il dire: *Theodosianus Codex*, come *Gregorianus et Hermogenianus Codex*, che *Codex Theodosianus*.

(7) Bach, *loc. cit.* III, 4, sez. 2. — De Crassieu, *Diss. de confectione Cod. Theod.* Leodii 1825.

(8) Vedi il protocollo notevole del senato di Roma, circa l'ammessione del Codice Theodosiano in Occidente, dell'anno 438. Trovasi in Clossio (v. §. 53, nota).

Questo codice racchiude le costituzioni degli imperatori da Costantino in poi, e quando esse risguardano materie diverse, sono distribuite sotto diversi titoli, e per conseguente molto minuzzate. È composto di sedici libri, ciascun de' quali partito in titoli. Noi lo possediamo ancora interamente dal settimo libro insino al decimosesto, come pure l'ultima parte del sesto. Dal primo libro fino al quinto e porzione del sesto non è compiuto, e quel che ce ne rimane è stato cavato dal *Breviarium Alaricianum*. Siam debitori a Giacomo Gottofredo di una buona edizion del Codice Teodosiano, arricchita di ottimi comenti (1). Essa fu pubblicata sol dopo la sua morte, da Antonio Marville, in sei volumi in folio, a Lione nel 1665; e dipoi, ritoccata e corredata di lezioni varie e di parecchie giunte da Giovan Daniele Ritter, venne fuori a Lipsia dal 1736 al 1745, in sei volumi in fol., l'ultimo de' quali suddiviso in due parti. La più recente edizion del Codice Teodosiano hassi nel *Jus civile antejust.* Berlino, 1815, t. 1°, e 2°. Ma in processo di tempo parecchie vere constituzioni, tratte da' primi cinque libri, sono state rinvenute tanto da Clossio nella biblioteca ambrosiana di Milano, quanto da Amedeo Peyron in diverse biblioteche di Torino (2), e dipoi pubblicate.

§. 56. *Novelle costituzioni dell'imperator Teodosio II e suoi successori.*

Quando il Codice teodosiano fu terminato, gli imperatori Teodosio II e Valentiniano III, come pure i successori loro, pubblicarono ancora parecchie novelle ordinanze, le quali da ciò furon dette *Novellae id est novae constitutiones* (3). Sonosi fatte entrare nelle edizioni del Codice teodosiano sotto il nome di *Novellae constitutiones imperatorum*, *Justiniano anteriorum*, *Teodosii*, *Valentiniani etc.* (4).

§. 57. *Scritti intorno al dritto, appartenenti a questo periodo, ma prima di Giustiniano.*

Da Alessandro Severo fino a Giustiniano quasi nessun giureconsulto illu-

(1) Circa la prima pubblicazione del *Cod. Teodos.* fatta da Dutillet e Cuiacio, vedi Haubold, *Inst. lit.* t. 1, p. 261 — Il medesimo, *Inst. jur. rom.* §. 218-220.— Hugo, *Ind. fond.* p. 162.

(2) Quelle scoperte dal Peyron contengono molti frammenti de' cinque primi libri. Sono state altresì pubblicate col titolo: Codicis Theod. fragmenta inedita ex codice palimpsesto bibl. reg. Taurinensis Athenaei in lucem protulit atque illustravit Amadaeus Peyron. Taurin. 1724. (Cf. *Themis*, t. 3, p. 185; t. 6, p. 411.—Clossio, *loc. cit.* praef. p. VII.)— Altre scoperte appartengono pure al Cod. Teodosiano: C. G. Haubold, *Praetermissorum imprimis ad Brev. Alaric. pertinentium e codicibus a Custaro Haenelio novissime collatis etc.* Lips. 1822, e negli *Opusc.* ed. Wenck, vol. 2, p. 297.

I frammenti trovati e pubblicati da Clossio e Peyron sono stati messi insieme ed in ordine da Paggè, in: *Theod. Codicis genuina fragmenta cum ex codice palimpsesto bibl. reg. Taurinensis Athenaei edita, tum ex membranis bibl. Ambros. Mediol. in lucem prolata.* Disposuit etc. Ed. Puggaeus. Accedunt Theod. Codicis variae lectiones. Bonnae, 1825, in 8.°

L'opera seguente contiene una nuova revisione de' cinque primi libri del Codice Teod., quali noi li possedevamo fino a quel tempo, interpostevi le constituzioni rinvenute da Clossio, Peyron ed altri: Theod. Codicis libros V priores recognovit, addimentis insignibus a Clossio et Am. Peyron repertis aliisque auxit, notis etc., nec non quadruplici appendici instruxit C. P. Ch. Wenck. Lips. 1825, in 8.°

(3) Haubold, *Inst. lit.* p. 265.

(4) Si trovano nella edizione di Gottofredo, in principio del volume; in quella di Ritter, t. VI, p. 2 in fine; e le più compiute sono quelle del *Jus civ. antej.* di Berlino, t. 2, p. 1217.

stressi. Tutti i lavori di questo periodo si limitavano a raccolte di costituzioni imperiali e compilazioni di scritture degli antichi giureconsulti. Ben poco ce n'è restato; essendochè oltre i frammenti de' Codici ermogeniano e gregoriano e gli estratti delle opere di Ermogeniano, Aurelio Arcadio Carisio e Giulio Aquila (§. 51), non è a noi giunto altro che le seguenti opere, delle quali non si sanno gli autori:

1° I *Vaticana Fragmenta*, pubblicati da Ang. Mai nel 1823, da sopra un *codex rescriptus* della biblioteca vaticana. Vi si leggono de' frammenti di giureconsulti appartenenti al periodo anteriore, e delle costituzioni imperiali; e pare sieno l' avanzo di una gran collezione di dritto, pubblicata da uno ignoto giureconsulto nello spazio corso tra la pubblicazion del Codice ermogeniano e quella del teodosiano (1):

2° *Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*, ch'è una specie di almanacco dell' impero romano, contenente una rassegna di tutto il territorio dell' impero e di tutti i pubblici impieghi, a mezzo il quinto secolo (2): ma Boeking pretende che sia del principio di detto secolo (400-404) (3);

3° *Mosaicarum et Romanarum legum Collectio*, composta probabilmente sotto Teodosio II, e che rattrovasi nelle opere del medio evo sotto il titolo di *Lex Dei*, o anche *Lex Romana*, oppure sotto quello di *Pariator legum Mosaicarum et Romanarum*. Quest' opera non altro è che una ben meschina comparazione delle leggi di Mosè e di Roma, intesa a dimostrare come le seconde derivassero dalle prime. Sotto tale aspetto ella è cosa di poco pregio; ma contenendo nello stesso tratto una quantità di citazioni tolte da scritture sul dritto romano e da costituzioni imperiali, essa riesce per noi di non lieve momento. Un sol manoscritto non falsificato ce la conservò, il qual fu trovato a Lione nella *Bibliotheca Sequanorum aut Mandubiorum*, e pubblicato da Pithou per la prima volta nel 1573 (4). Negli ultimi tempi, altri due ne furono scoperti, uno a Vercelli, da Blume; l' altro da Lancizolles, a Vienna (5);

4° *Consultatio veteris Icti*. È una raccolta di opinioni di un giureconsulto ignoto, vivuto probabilmente dopo la pubblicazione del *Breviarium Alaricianum*. Le prove sostenenti le sue opinioni sono per lo più levate di peso

(1) Questi frammenti potrebbono essere una parte dello *Hermogeniani juris epitome*. Cf. *Vatic. fragm.* §. 3, 4, col fr. 7, D. 18, 3; come pure il §. 13 col fr. 49, D. 19, 1. — La edizione originale di questi frammenti è: *Juris civ. antejust.* reliquiae ineditae ex cod. rescr. bibliothecae vaticanae, cur. Angelo Maio. Romae in coll. urb. ap. Burliaeum, 1823. Dopo di questa, venner fuori le seguenti edizioni: *Vaticana juris romani fragm. nuper ab* Angelo Maio *detecta et edita*; la qual fu rivednta dagli editori della *Thémis*, ma particolarmente da Jourdan, Parigi, 1823. — *Juris romani antej. Fragmenta vaticana e cod. palimps. eruit* Ang. Maius. Romae et Berolini, 1824. — Vedi su questa edizione, *Thémis*, t. VI, p. 521 (ediz. belg.). — Gli ultimi lavori critici sopra questi frammenti sono: *Fragmenta juris civ. antej. e codice rescripto ab* A. Maio *edita recogn. et comment.* A. De Buchholz. Regiomontani, 1828. — *Locorum ex jure rom. antej. ab incerto scriptore collectorum fragmenta, quae dicuntur Vaticana*; ed. A. Majus, recognovit Aug. Bethmann-Hollweg. Bonnae, 1833.

(2) Bach, *Hist. jur.* III, 4, sez. 3, §. 6. Sulle diverse edizioni e comenti, v. Haubold, *Inst. lit.* 1, 279.

(3) In questa occasione dobbiam ricordare quel Giovanni di Lidia, da noi già mentovato nel §. 19; come pure un frammento stampato per la prima volta nel 1829, sebbene appartenente ad un'epoca posteriore a quella che or trattiamo: *Incerti auctoris magistr. et sacerd. P. R. expositiones ineditae*.

(4) La *Collatio* si ha presso Schulting, p. 719, e nel *Jus antej.* di Berlino, p. 1417. — Haubold, *loc. cit.* p. 281.

(5) L'ultima edizione critica della *Collatio* è venuta a luce col titolo: *Lex Dei sive mosaic. et rom. legum Collatio*. E codd. mss. Vindobonensi et Vercellensi etc. edidit et illustravit Fr. Blume. Bonnae, 1833.

dagli scritti de' giureconsulti romani è dalle costituzioni degli imperatori. Questa raccolta fu per la prima volta pubblicata da Cuiacio nel 1577 (1).

§. 38. *Sorte posteriore del dritto romano.*
1. *In Occidente.*

Tutte le collezioni di costituzioni imperiali, fatte dopo Costantino, non potevano essere di una durabile utilità, e già nel cominciar del sesto secolo pare che si fosse sentita, in Occidente non meno che in Oriente, la necessità di farne da capo. In Occidente, in fatti, i Germani avevano innalzati diversi regni in sulle rovine del romano imperio; e dapertutto i romani vinti stavano confusi con le popolazioni alemanne. Conservavano costoro ne' nuovi paesi occupati le leggi ed i costumi di lor nazione; e sebbene i romani viventi tra loro fossero in condizione di vinti, restarono essi come per addietro sottoposti alle leggi romane. Siffatto sistema di dritti personali ovvero nazionali, dominante al cominciar del medio evo (2), fè tra non molto sentire la necessità di radunare e trascrivere per gli alemanni le leggi alemanne (*leges barbarorum*), e di comporre pe' Romani viventi sotto la costoro dominazione nuove raccolte del dritto romano tuttora esistente (*lex romana*) (3): cosicchè due sorte di libri di leggi ebbero nascimento nel nuovo impero ger-

(1) Trovasi in Schulting, p. 811, e nel *Jus antej.* di Berlino, p. 1475. — Haubold, *loc. cit.* p. 284.

(2) Montesquieu, *Spirito delle leggi* 28, 2. — Savigny, *Ist. del dritto rom. nel medio evo*, t. 1, p. 90. — Cf. pure E. V. Godet, *Saggio sulla storia esterna del dritto nella Gallia e nel Belgio.* Liegi, 1830 (*a*).

(3) *Lex romana* significa, nel linguaggio di quel tempo, dritto romano in generale ovvero libro delle leggi romane. Savigny, t. 1, p. 105-112 (*b*).

(*a*) Nel dritto delle moderne nazioni incivilite prevale il principio territoriale, sanzionato nell'art. 5 delle nostre *Leggi civili:* » Le leggi obbligano tutti coloro che dimorano nel territorio del regno, sieno cittadini, sieno stranieri domiciliati, o di passaggio. » Ma non così nel medio evo, quando i barbari invasori del romano imperio se nessuna sorta di calamità risparmiarono ai vinti, lasciaron però che conservassero le proprie leggi; onde poi venne il nome di *dritto personale*, per contrapposto al *territoriale*. È commue opinione che il sistema de' dritti personali fosse stato sempre in vigore presso le tribù germaniche (Montesquieu, 28. 2); ma il Savigny sostiene che nascesse sol quando le nazioni furono per effetto della conquista più mescolate insieme, dicendo che solo allora ogni stato vi trovò la sua utilità. Nello stesso paese, nella stessa città viveva il germano ed il romano, ed anche i differenti popoli di Germania, ciascuno secondo la sua legge. Il che fè dire da Agobardo in una lettera a Luigi il Benigno: « Spesso avviene che trovinsi a conversare insieme cinque persone, ognuna delle quali obbedisca a una legge sua propria. » Si può dir veramente, che lo stesso principio personale, sebbene più complicato, esisteva nell'antica Roma, sapendosi come due dritti vi erano, uno per i cittadini, un altro per gli stranieri, che potrebbe essere un altro argomento di quel *ricorso delle nazioni*, di cui tratta il Vico nel lib. V della sua *Scienza nuova*. Ma la cittadinanza e le affrancazioni, onde sempre più largheggiarono i romani, alle distinzioni di dritto fondate sulla nazionalità ne sostituirono altre (*Il Trad.*).

(*b*) Era necessaria tale avvertenza, perchè dotti illustri han sostenuto che il nome di *Lex romana* si applicasse esclusivamente al più volte mentovato *Breviarium*; ma il Savigny nel citato luogo prova benissimo che il nome di *Lex* in questo caso, come in tutti gli altri, equivaleva allora a *dritto*, e non a questa o quella raccolta di dritto. Secondo altri, il titolo di *Lex romana* fu pure attribuito a leggi fatte dagli imperatori di Francia e d'Italia. In fatti, un manoscritto di Modena intitola *Lex romana* una costituzione di Lotario; in un altro di Parigi si legge: *Item ex legibus romanis a Domino Lamberto Imp. promulgatis cap. XI.* Ma siffatte espressioni potrebbono riferirsi alla dignità d'imperatore romano nel legislatore, o ad altre particolari circostanze; e sono ad ogni modo innsitate a contrarie al vero significato di *Lex romana* che indica sempre il dritto romano, sotto qualsivoglia forma esposto, o da qualunque sorgente desunto (*Il Trad.*).

manico, quelli di leggi germane, e quelli di leggi romane; de' quali noi qui esamineremo i soli ultimi (1).

§. 59. Lex Romana *degli Ostrogoti*, *Visigoti e Borgognoni*.

Le più importanti tra queste nuove collezioni di leggi, presso i popoli germani, sono:

1° L'*Editto di Teodorico*, re degli Ostrogoti, pubblicato a Roma nel 500, e sanzionato come dritto in vigore, non solamente pel vinto Romano, ma altresì per l'Ostrogoto. Esso è intieramente attinto nel dritto romano, particolarmente nel Codice teodosiano, nelle Novelle posteriori e nelle *Sententiae receptae* di Paolo; ma queste medesime fonti vi sono mutilate per modo, che il dritto romano non vi è più ravvisabile (2);

2° Il *Breviarium Alaricianum*, presso i Visigoti (3). Alarico II, re de' Visigoti, fè fare uno estratto de' Codici gregoriano, ermogeniano e teodosiano, come anche di alcune Novelle posteriori e degli scritti di Caio, Paolo e Papiniano, da diversi giureconsulti romani, sotto la direzione di Gojarico, *comes palatii*, e pubblicollo pe' Romani del suo regno. La più parte de' passi sono accompagnati da una perifrasi (*interpretatio*) scritta in cattivo latino, ma che allora era capito (4). Questa compilazione de' Visigoti è comunemente detta *Breviarium Alaricianum* ovvero *Aniani*, da Aniano referendario particolare di Alarico, da cui gli fu ordinato di apporre la sua soscrizione agli esemplari del *Breviarium* spediti ai *comites* (5). Trovasi frequentemente citato nel medio evo, sotto i titoli di *Corpus theodosianum*, *Lex theodosiana*, *Liber legum*, *Lex romana*. Noi riconosciamo da questa compilazione molte cose che, senz'essa si sarebbero perdute, in ispezialità i frammenti de' Codici gregoriano ed ermogeniano, quelli de' cinque primi libri del Codice teodosiano, come pure degli scritti di Caio (6), Paolo e Papiniano (7);

(1) Circa i libri di leggi germane di questo tempo, *leges barbarorum*, vedi i §§. 88 e 89.

(2) Fu pubblicato la prima volta da P. Pithon, come appendice alla sua edizione delle opere di Cassiodoro (Parigi, 1579, fol.), e perciò esso fa seguito altresì alla maggior parte dell'edizioni moderne di delle opere, come pure si trova nelle collezioni di Lindenbrog, Georgisch, Canciani e Walter. Vedi la prima nota al §. 89. — V. sopra questa raccolta: Haubold, *Inst. lit.* p. 286. — Savigny 1, 12; 2, 164.

(3) B. G. Biener, *Hist. legum wisigoth. in regno Hispaniae vetere*, e ne' suoi *Opusc.*—Savigny, t. 1, p. 257; t. 2, p. 36.— Guizot, *Corso di storia moderna;* Parigi 1827, t. 1, e nella *Rivista francese* 1828, n.° 6.

(4) V. Giac. Gotfofredo, *Proleg. Codicis Theod.* cap. 6. Le sole Instituzioni di Caio mancavano di siffatta interpetrazione, perchè rimpastale da capo a fondo.

(5) Dicesi generalmente che Aviano non soscrivesse altro che la lettera di pubblicazione; ma si consulti il *Commonitorium* e Giac. Gotfofredo, *loc. cit.* cap. V, §§. 7, 8, il quale a tal proposito dice. « *Muniri voluit Alaricus hujus Codicis exemplaria, ne scilicet variatio accideret, subscriptione Aniani viri spectabilis.* « Questo *commonitorium* trovasi pure in Savigny, t. 2, p. 37 (*a*).

(6) Prima della scoperta delle vere Instituzioni di Caio, noi le possedevamo soltanto quali si trovano nel *Breviarium Alaricianum*.

(7) Trai numerosi manoscritti del Breviario, quello di Wurtzebourg ora posseduto dalla biblioteca di Monaco, è il più antico che s'abbia, cioè del sesto secolo. Havvi un altro antico manoscritto, del 7° secolo, che un tempo era a Meerman, ed oggidì appartiene al baronetto Phillips, in Middlehill. — Vedi Witte,

(*a*) *Commonitorium* ha il significato di decreto o rescritto nelle L. Visigoth. L. 7, T. 5, L. 3; Conf. J. Gothofred. l. c. C. 5, §. 3. Re Alarico volle che ciascuna copia del Breviario, soscritta da Aviano, e da questo indirizzata ad ogni Conte, fosse accompagnata da un monitorio ch'esponeva l'origine della raccolta e ne prescriveva l'uso esclusivo sotto severissime pene (*periculum capitis, aut dispendium facultatum*).

3° Presso i Borgognoni, dal 517 fino al 534, fu parimente fatta pe' soggetti romani di quel regno una *Lex romana*, conosciuta sotto il nome di *Papiniani liber responsorum* ovvero di *Papiniani responsum* (1). Questo libro di leggi è in gran parte tratto dalle vere fonti del dritto romano. Il titolo di *Papiniani responsum* deriva da uno sbaglio preso da Cuiacio, e da lui stesso riconosciuto dipoi. Conciosiachè ciascun *Breviarium Alaricianum* compiuto termina con una breve citazione cavata dal *Papiniani liber responsorum*, il quale noi citiamo per esteso, ma i manoscritti comunemente in vece di Papiniano leggono Papiano. Al Cuiacio capitò un *Breviarium* compiuto, in seguito al quale veniva, senz'alcun'altra denotazione di una nuova opera, la *Lex romana* de' Borgognoni. Egli credette a prima vista questa ultima legge una continuazione di detto passo di Papiniano, cominciò da quel passo la *Lex romana* de' Borgognoni, e le dette il titolo di *Papiniani liber responsorum*, mentrechè questa opera è attribuita ad un redattore ignoto. Questa è la ragione, per cui nella prima edizione di Cuiacio, del 1566, il predetto breve passo di Papiniano forma il titolo della *Lex romana* dei Borgognoni, dovechè in realtà esso termina il *Breviarium*. Ma poi Cuiacio conobbe il suo errore, corresselo sceverandolo, nella sua 2ª edizione del 1586, il vero passo di Papiniano, e cominciò la *Lex romana* de' Borgognoni dal suo proprio titolo, il quale nella prima edizione figurava per secondo. Non ostante ciò, la *Lex romana* de' Borgognoni ritenne il titolo di *Papiniani liber responsorum* (2).

§. 60. *In Oriente.* — *Giustiniano.*

Dalla morte di Teodosio infino a quando Giustiniano pervenne all'imperio, nel 527, nessuno sforzo fu fatto per ispianare le difficultà occorrenti nello studio del dritto, e per facilitare l'applicazione di questo (3).

Ne' trentotto anni che durò il suo principato, questo imperatore ebbe per sua particolar cura il dar leggi e lo scorgere per più commode vie quelli che amavano studiarle; fortunato in tanto, ch'egli trovò uomini capaci di secondarlo nella esecuzione de' suoi disegni (4). Sotto i suoi auspici vennero a luce quei nuovi libri di dritto (5) che hanno conservato insino a' nostri dì

De Guil. Malmesburiensis codice legis romanae Wisigothorum. Vratislav. 1831. —La sola edizione compiuta del Breviario è finora quella di Giovanni Sichard. Basilea 1528, fol. Sopra altri manoscritti ed edizioni, vedi Haubold, *Inst. lit.* p. 223. — Savigny, t. 2, p. 61. — Alcuni passi del Breviario, ignoti finora, sono stati scoverti da Gust. Haenel in taluni *Codex* a Parigi ed Orleans; e sono stati pubblicati da Haubold sotto il titolo di *Praetermissorum imprimis ad Breviar. Alaric.* pertinentium promuls. I. Lips. 1822.

(1) Trovasi in Schulting, pag. 827, e nell'edizion di Berlino del *Jus antej.* Vedi sopra di esso, Savigny, t. 2, p. 10. — Haubold, loc. cit. p. 287. La più compiuta edizione è la seguente: *Lex Romana Burgundionum ex jure romano et germanico illustravit* A. Barkow. Gryphiswaldiae, 1826; in cui si è profittato del frammento (*Fragm. Vaticana*, Berol. p. 104) rinvenuto da Mai in un *palimpsesto* del Vaticano.

(2) V. soprattutto Savigny, t. 2, p. 24.

(3) Circa la vita ed il carattere di Giustiniano, veggasi: Haubold, *Inst. jur. hist. dogm.* §. 222.—Bach, *Hist. jur.* IV, 1. — De Ludewig, *Vita Justiniani atque Theodorae, nec non Triboniani.* Halae, 1731.

(4) I più notabili tra essi sono: Triboniano, Teofilo, Doroteo, Taleleo, Stefano, Anatolio, Cratino. V. const. Tanta, *de conf. Digest.* §. 9, e Bach, *loc. cit.* sez. 3, §§. 1-21.

(5) La storia delle sue compilazioni è riferita da Giustiniano medesimo ne' suoi decreti di pubblicazione, i quali son sempre citati con la parola che li comincia, come per esempio nella precedente nota: Const. *Tanta.* Talvolta essi precedono le collezioni a cui appartengonsi; tal altra si trovano riuniti nel lib. 1, tit. 17 del Codice.

tuttaquanta la loro autorità, e la importanza de' quali richiede che noi ce ne occupiamo in un modo particolare (1).

§. 61. *Delle raccolte di dritto di Giustiniano.*
1. *Il vecchio Codice.*

Giustiniano si propose da prima di raccoglier di nuovo le constituzioni degli imperatori. Da tutte le raccolte di leggi fatte per addietro, come pure dalle costituzioni venute dopo, si cavò tutto quel che parve utile, si abbreviò il più possibile, radunossi in un corpo, ritagliandone il rancido, e facendovi i mutamenti richiesti dalle circostanze; si ordinò il tutto per materie sotto differenti titoli, e formossene una sola opera. Verso la fine dell'anno 528, Giustiniano creò commessarii dieci giureconsulti, con molto larga balìa; a capo de' quali fu da lui posto Giovanni, *ex-quaestor sacri palatii*, e quel Triboniano salito poi in tanta fama, era anch'esso del numero (2). In quattordici mesi, l'opera a costoro commessa era stata finita. Questo novello Codice, ripartito in dodici libri, fu confermato con una costituzion particolare di Giustiniano, e nello stesso tratto fu abrogato l'uso delle antiche collezioni di rescritti e di editti (3). Ma questo primo Codice di Giustiniano, che oggidì chiamasi il *Codice vecchio*, è perduto (4).

§. 62. *Le Pandette.*
A. *Di coloro che furono incaricati di comporle.*

Quando le costituzioni furono terminate, Giustiniano nel 530 incaricò Triboniano, allora insignito della dignità di *quaestor sacri palatii* (5), al quale aveva aggiunti altri sedici giureconsulti (6), di cavare dalle opere degli antichi leggisti più riputati, tutto il buono ad usarsi, e di porre insieme questi estratti per ordine di materie e sotto differenti titoli. Nel commettere ad essi siffatta compilazione, egli accordò loro una autorità quasi illimitata (7). Non erano essi obbligati di attenersi ne' loro estratti alla *Legge di citazione* di Valentiniano (8), nè di star ciecamente alla lettera degli scritti; avevano anzi il dritto di fare tutte quelle detrazioni, tutte quelle giunte, e generalmente tutte le mutazioni che lor paressero convenevoli. Dovevano fare sparire le contraddizioni degli antichi giureconsulti, evitar qualunque ripetizione, e trasandare il vecchiume (9). Dovette di necessità avvenire che gli estratti difettassero di fedeltà, e che sovente essi fossero modificati e compiuti a seconda de' bisogni del tempo in cui Giustiniano viveva. Tali modificazioni ed aggiunte sono ordinariamente chiamate *Emblemata Triboniani* (10).

(1) Circa la loro origine e natura, vedi gli antichi autori citati da Haubold, *loc. cit.* e principalmente Bach, *loc. cit*, sezione 3. — W. F. Clossio, *Hermeneutick der Roem. etc.* a pag. 105 e seg. dà pure un eccellente cenno sull'origine, sullo scopo, sul contenuto e sul lavoro delle compilazioni di Giustiniano.

(2) Const. *Haec quae necessario*, de novo Cod. faciendo, Dat. Idib. feb. 528.

(3) Const. *Summa reipublicae*, de Justin. Cod. confirm. Dat. 7 Idib. ap. 529.

(4) Giustiniano il chiama *Codex Justinianeus*, nella Const. *Cordi nobis*, de emendat. Cod. §. 5.

(5) Questore del sacro palazzo era a tempo di Giustiniano quel medesimo, che più tardi fu detto Gran Cancelliere, e che oggi chiamasi Ministro di giustizia. Nella Novella di Valentiniano *de omicid. cas.* è chiamato: *Custos legum et famae publicae.* (*Trad.*)

(6) I loro nomi son recitati da Giustiniano medesimo nella Const. *Tanta*, §. 6, e Const. *Dedit*, §. 9.

(7) Const. *Deo auctore*, de concept. Dig. ad Tribon. Dat. 18 Cal. januar. 530. V. pure Const. 1, C. 17.

(8) V. le note del §. 53.

(9) Const. *Deo auctore* §. 4-9.

(10) Wissenbach, *Emblemata Triboniani cum praef.* Heineccii. Halae, 1736.—

§. 63. B *Modo tenuto in questa compilazione.*

Questa opera immensa fu terminata in tre anni da' commessarî da Giustiniano nominati (1). In sì breve spazio avevano essi sciorinate le opere di trentanove giureconsulti (2): il perchè, quando si vede aver eglino attinte le opinioni degli antichi non nelle proprie opere di questi, ma in altre scritture in cui erano state inserite, devesi ciò attribuire alla impazienza con cui lavoravano ed al desiderio di raggiunger la meta per le vie meno faticose. Tanti testi e passi particolari, staccati da un'opera originale in cui tenevan col restante, e disposti in un altro ordine, presentavano errori ed incoerenze. Sopra ciascuno estratto, che generalmente componevasi di un *principium*, e di uno o più paragrafi (3), venne citato in una iscrizione il nome e l'opera del giureconsulto, dalla quale era stato cavato. Tutta siffatta compilazione, composta di cinquanta libri, fu nominata *Digesta* (4) ovvero *Pandectae* (5) *juris enucleati ex omni vetere jure collecti.* L'opera era particolarmente destinata alla pratica, e questa è la ragione per che nell'ordine delle materie ebbesi l'occhio per quanto si potette all'ordine dell'editto; acciò chi fosse pratico dell'editto, con la stessa facilità si valesse delle Pandette (6). Ecco perchè Giustiniano divise pure tutta l'opera in sette parti, rispondenti probabilmente alla partizion dell'editto (7). Ma pare essersi ugualmente seguito un determinato disegno nell'assegnar suo luogo a ciascun frammento ne' titoli, e non essersi fatto a caso ed a capriccio, co-

Meister, *De principio cognoscendi emblemata Triboniani.* Goett. 1745, e nel suoi *Opusc.* n.° 4. — Eckard, *Hermen. jur.* dell'ed. Walch, lib. 1, c. 6.

(1) Giustiniano medesimo chiama questa opera *opus desperatum* (v. il proem. Instit. §. 2), e reputa che a fatica potea sperarsi di venirne a capo in dieci anni. Const. *Tanta*, de conf. Dig. §. 12. Egli parla pure sovente degli immensi *veteris prudentiae volumina.* Due mila trattati furono spogliati e ripartiti in cinquanta libri. Egli ha cura di far notare che tre milioni di versi furon diminuiti per modo che non passavano più i centocinquantamila. Const. *Tanta*, §. 1.

(2) Giustiniano voleva si facesse un indice degli autori e delle opere, da cui s'eran tolti frammenti, e che si mettesse in principio delle Pandette. Const. *Tanta*, §. 28. — Const. *Dedit*, §. 20. Non si sa se questa volontà fu fatta. Egli è vero che trovasi un indice in greco (*Index florentinus*) in fronte al manoscritto delle Pandette di Firenze; ma non è nè esatto nè autentico. È stato pure inserito nella ediz. di Gottinga del *Corpus juris*, ed in quella di Beck. — V. Guadagnus, *Diss. V. ad graeca Pand.* p. 85.

(3) Chiamansi ordinariamente questi passi staccati *leges* (Const. Dedit, §. 1), contuttochè non altro fossero che estratti o frammenti delle opere de' giureconsulti; e la ragione è che dall'essere inseriti nelle Pandette essi ebbero autorità legale. Oggi ancora li chiamano *leges*; ma dovrebbe dirsi *fragmenta.*

(4) Questo nome viene da *digerere in partes*, perchè Giustiniano divise tutta la presente opera in sette *partes* (§. 65).

(5) Da *πάν δέχομαι*, perchè contenevano tutto quanto esser poteva utile. Questa collezione doveva essere un repertorio generale pel *Jus civile*, come il *Codex* per le costituzioni.

(6) Giustiniano prescrive egli stesso, nella Const. *Deo auctore* §. 5, la compilazion delle Pandette *ad Edicti imitationem.* V. Benfey, *De fundamentis Digestorum ordinis.* Gott. 1825. — A. Tigerstroem, *De ordine et historia Digestorum.* Berl. 1829.

(7) Const. *Tanta*, §. 2-8. Dette parti sono le seguenti: Pars 1 (Prota) comprendeva i lib. I — IV; Pars secunda (de judiciis), i lib. V—XI; Pars III (de rebus sc. creditis), i lib. XII — XIX; Pars IV (umbilicus), i lib. XX—XXVII. (I tre primi libri della 4ª parte eran designati col nome di *Antipapinianus.*) Pars VII (senza nome) i lib. XXII—XXXVI; Pars VI (senza designazione) i lib. XXXVII—XLIV; Pars VII (senza nome) i lib. XLV—L, de' quali il 47° e 48° erano eziandio detti i *libri terribiles*, perchè trattavano della ragion criminale.

me sì lungo tempo si è preteso: la qual cosa è stata a tempo nostro primieramente dimostrata da Blume (1820), e dipoi confermata da Hugo. È probabile che i redattori delle Pandette dividessero tutte le opere loro date a spogliare, in tre classi, ed essi stessi formassero tre consessi. Il primo leggeva e spogliava le opere sul *jus civile*, di cui facevano anzi tutto parte i *Libri ad Sabinum*; il secondo levava estratti dalle opere sull' editto del pretore, soprattutto da Ulpiano *Ad Edictum*; il terzo finalmente faceva estratti di scritture pratiche e che decidevano casi particolari, spezialmente de' *Responsa* di Papiniano e delle *Quaestiones* di Paolo. Si formaron così tre masse di estratti; quella di Sabino, quella dell' Editto, e quella di Papiniano. Di queste tre masse furono composti i titoli delle Pandette. A ciaschedun titolo davasi generalmente per base la massa porgente i più e migliori frammenti; poi vi si comparavano le due masse minori; se ne scancellavano le ripetizioni, si faceano sparire le contraddizioni, e vi s' introducevano le necessarie modificazioni. Quel che ne rimaneva era posto in seguito della prima massa, di maniera che la men numerosa delle due piccole masse formava il fine del titolo. Ecco la ragione per cui l'ordine delle dette tre masse differisce secondo i differenti titoli. Vero è che non tutti i titoli contengono frammenti di tutte e tre le masse, ma ciò avviene soltanto ne' più considerabili, in parecchi de' quali le tre masse si seguitano anche due volte. Del resto, la regola del collocamento e dell' ordine de' frammenti ha sofferto eccezioni assai (1).

§. 64. *C. Della pubblicazione delle Pandette.*

Le Pandette furon pubblicate da Giustiniano il dì 16 decembre 533; nondimeno non cominciarono esse ad aver forza di legge prima del 30 del mese medesimo (2). Nell' atto stesso di confermarle Giustiniano proibì l' uso degli scritti degli antichi giureconsulti; e perchè la scienza del dritto non fosse tanto estesa, variabile ed incerta, quanto per addietro, non si dovea punto fare comenti su questa nuova compilazione; appena egli permise di tradurla in greco parola per parola (*versiones*, κατὰ πόδα) e notar le concordanze con le semplici rubriche (παράτιτλα) (3).

§. 65. *Del modo di citare le Pandette.*

Le Pandette sono state sempre citate in diversi modi.
Anticamente citavasi dapprima così:
D. *de jure dotium*, L, *profectitia*, § *si pater* (4).
Ovvero a ritroso:
L. *profectitia*, § *si pater*, D. *de jure dotium*.
Più tardi si citò di quest' altra guisa:
L. *profectitia* 5, § *si pater* 6, D. *de jure dotium*.

(1) V. a tal proposito Hugo nella *Thémis*, t. 3, p. 246 (ediz. belg.). I giureconsulti tedeschi hanno scritto molto sopra tal proposito, così in opere speciali, come in diverse raccolte periodiche.

(2) A tale effetto Giustiniano pubblicò due costituzioni, una latina, l'altra greca, ambedue contenenti il medesimo: la 1a è la Const. *Tanta* 2, C. 1, 17; la 2a la Const. Δέδωκεν s. *Dedit*. 3, C. 1, 17.—Con la Const. *Omnem reipublicae-ad antecessores*, egli determinò di che modo volea s'insegnassero le Pandette.

(3) Const. *Tanta*, §. 21. — Const. *Dedit*, §. 21.

(4) Questo è il modo di citare tenuto dalla Glossa. — D., ed il segno ff. che ne deriva, e che spesso ancora s'incontra, significa *Digestum*. In cambio di tali segni scrivesi pure P, ovvero π, che tutti e due rappresentano la parola *Pandectae*. Cf. *Thémis*, t. V, p. 40 e 89.

E finalmente :
L. 5, § 6, D. *de jure dotium.*
Cotesta forma di citare è tuttora usata : solamente parecchi in cambio di L. scrivono in preferenza e con più esattezza Fr., ed aggiungono i numeri del libro e del titolo entro parentesi, per esempio :
Fr. 5, § 6, D. *de jure dotium* (XXIII, 3).
Quando si voglia far menzione del *principium* di un frammento, in vece del segno e del numero del §, si pone soltanto *pr.*, per esempio:
Fr. 5, pr. D. *de jure dotium* (XXIII, 3).
Molti vi sono presentemente (1), i quali citano co' soli numeri, come :
Fr. 5, § 6, D. XXIII, 3.
Ovveramente :
D. XXIII, 3, fr. 5, § 6;
O più ricisamente :
D. XXIII, 3, 5, 6.
Quanto ai libri 30, 31, e 32 delle Pandette, bisogna sapere che non sono divisi per titoli, ma che, sebbene composti anch' essi di passi estratti, sono distribuiti in tre parti, che formano il trattato *de legatis et fideicommissis*; cioè :
Dig. lib. 30, — lib. 1, *de legatis.*
Dig. lib. 31, — lib. 2, *de legatis.*
Dig. lib. 32, — lib. 3, *de legatis.*
Per distinguerli citandoli, si scrive così :
Fr. 108, § 3, D. *de legatis* I, ovvero D. 30.
Fr. 76, § 1, D. *de legatis* II, ovvero D. 31.
Fr. 36, D. *de legatis* III, oppure D. 32.

§. 66. 3. *Le cinquanta decisioni.*

Nel comporre le Pandette, vennero trovate naturalmente negli scritti de' giureconsulti decisioni controverse. E poichè la *Legge di citazione* di Valentiniano era abrogata, e che il rimettersi al numero de' suffragi era fatto più difficile dal non essere alcuno antico giureconsulto spezialmente preferito agli altri, semprechè i compilatori non osavano assumere sopra sè la risoluzion della quistione, fu mestieri che Giustiniano mettesse fine a tali controversie con particolari decisioni. Trentaquattro di tali decisioni erano già state profferite prima dell' anno 530, quando si cominciò lavorare sulle Pandette. Durante la compilazion delle Pandette, il loro numero crebbe a 50, e furono dipoi fatte entrare nel nuovo Codice (§ 69) (2). Non si sa però s' elleno vi si trovino tutte, nè a quali segni le si possan riconoscere. Pure, ecco da che si ha per costume di raffigurarle :
1° Esse han per titolo : *Justinianus Juliano* ovvero *Joanni P. P.*
2° Terminano con queste parole : *Lampadio et Oreste coss.* 530 o 531, oppure *anno primo vel secundo post consul. Lampadii et Orestis.*
3° Contengono la decisione di una quistione controversa dagli antichi giureconsulti (3).

(1) Il modo di citare co' soli numeri è già stato adoperato in *Brederodii Repertorium sententiarum*. Francoforte 1664.
(2) Const. *Cordi nobis*, de emendat. Cod. Just. §. 1.
(3) Per esempio, Const. 12, 13, C. III, 33. — Const. 10, C. VI, 26. — Const. 3, C. VI, 26.—Const. 31, C. VI, 42.—Const. 19, C. VI, 50.

§. 67. 4. *Le Instituzioni.*

Già fin da quando si lavorava alle Pandette si potè capire che una compilazione tanto estesa non poteva ad un tratto raggiunger lo scopo propostosi, e servire allo insegnamento de' principianti. Per supplire a questa mancanza di un libro elementare, Giustiniano ordinò a Triboniano di comporre in compagnia di Teofilo e Doroteo un sistema di dritto brevissimo, sotto il nome d'*Instituzioni*. Dovevano in esse appresentare i primi principj della scienza del dritto (1), aver veramente risguardo all' antico dritto, ma attenersi principalmente alla pratica (2). Le Instituzioni di Caio furon la base di queste nuove di Giustiniano; le quali per conseguenza non sono altro che un rimpasto dell' opera di Caio, usata fino a quell' ora come libro elementare nello insegnamento del dritto, ma che non era più buona del tutto per la pratica. Nel rifare le Instituzioni di Caio, se ne levò quello ch' era caduto in disuso, e soprattutto si tirò partito dalle novelle costituzioni di Giustiniano. Furono le Instituzioni pubblicate il dì 21 novembre 533, e rivestite di legale autorità a un tempo con le Pandette, il 30 dicembre dell' anno medesimo (3). Teofilo, uno de' collaboratori, le lesse pubblicamente in greco, e da tal lezione venne il comento conosciuto sotto il nome di *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum caesarearum*, ch' è il migliore che abbiamo (4).

§. 68. *Della divisione delle Instituzioni.*

Le Instituzioni son divise in quattro libri, ciascuno de' quali contiene più titoli (5), la maggior parte preceduti da un *principium* e ripartiti in paragrafi. Si citavano le Instituzioni co' titoli o le prime parole de' paragrafi, per esempio:

§ *fratris vero*, J. *de nuptiis*.

Ma oggidì si citano ordinariamente co' titoli e i numeri de' paragrafi, come:

§ 3, J. *de nuptiis*.

O solamente co' numeri:

§ 3, J. 1, 10.

O pure riunendo queste due maniere di citare:

§ 3, J. *de nuptiis* (1, 10).

(1) Proem. Inst. §. 4: » Ut sint totius legitimae scientiae prima elementa.» — Const. de conc. Dig. §. 11: » Ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus facilius ad altioris prudentiae redigatur scientiam. » V. pure §. 2, I, 1. 1.—Dell'ordine delle materie seguitato nelle Instituzioni, v. Mareroll, *Comm. de ordine Institutionum*, Gott. 1815.

(2) Proem. Inst. §. 3, in fine.

(3) Const. *Tanta*, e Const. *Dedit*, §. 11. — Proem. Instit. In quest'ultimo Giustiniano mostra lo scopo ed il contenuto delle Instituzioni, e le conferma.

(4) Vigilio de Zuichem la pubblicò in Basilea nel 1534, in fol. Jacopo Curzio la tradusse in latino. Carlo Annibale Fabroto la corresse sopra manoscritti, e pubblicolla in Parigi, prima nel 1638 e poi nel 1657, con la traduzione di Curzio, da lui conservata, ma corretta. La migliore e più compiuta, corredata di lezioni varie, di chiose e di una traduzione latina perfetta, è quella di Guglielmo Otto Reitz, pubblicata all'Aja nel 1751, in due vol. in-4.° Erane stata annunziata una traduzion francese di Hamon, patrocinatore appo la real corte di Rennes. È stata pure tradotta in tedesco, da Wuestemann. Berlino, 1823.

(5) I titoli delle Inst. di Giustiniano sono 98. Nonpertanto ordinariamente se ne contano 99, perchè nel 6° tit. del 3° libro, dopo il §. 3, dove si dovrebbe trovare un albero genealogico, principia sotto il nome di *De servili cognatione* un nuovo titolo, il quale però secondo Teofilo ed i migliori manoscritti fa parte del sesto.

Trattandosi del *principium* di un titolo, si mette *Pr.*, per esempio: Pr. J. de nuptiis (1, 10).

§. 69. 5. *Il nuovo Codice.*

Dopo che le Pandette e le Instituzioni furono terminate, Giustiniano ordinò una revisione del Codice pubblicato nel 529 (§ 61). Tal revisione erasi fatta necessaria, perchè Giustiniano avea da quel tempo in poi pubblicato un gran numero di costitnzioni novelle, soprattutto le 50 decisioni (§ 66), che modificavano, mutavano e perfezionavano il dritto contenuto nelle Pandette, e che pur non erano nel Codice vecchio.

Il perchè, dette egli ordine a Triboniano nel 534, di rivedere il Codice in compagnia di altri quattro giureconsulti, ciò erano Doroteo, Menna, Costantino e Giovanni; vi aggiungessero le novelle costituzioni, e l'accordassero meglio col Digesto e con le Instituzioni. Questa revisione fu terminata nell'anno medesimo della sua ordinazione, e la nuova edizione del Codice (*Repetita praelectio*) venne confermata il dì 16 novembre 534 da Giustiniano, il quale nel tempo stesso abrogò il Codice vecchio (1).

§. 70. *Del contenuto e della divisione del Codice nuovo.*

Il *Codex repetitae praelectionis*, contiene soltanto le costituzioni degli imperatori, le quali da Adriano infino a Costantino sono in massima parte rescritti, ma da Costantino a Giustiniano sono editti o leggi propriamente dette. Esso è partito in dodici libri, i quali dividonsi in titoli, sotto cui sono ordinate le costituzioni secondo le materie onde fan parte, ed anche il tempo in cui furon fatte, ma spesso pure si trovano a pezzi. In fronte di ciascuna costituzione si leggono i nomi del Principe autore, e della persona a cui è diretta; la data sta in fine, almeno per ordinario, perchè parecchie costituzioni si hanno *sine die et consule* (2). L'ordine delle materie è proprio il medesimo che quello del Digesto, benchè il Codice contenga ne'suoi tre ultimi libri diverse materie mancanti nelle Pandette (3); all'incontro, vi si sono dimenticate parecchie costituzioni contenute nel vecchio Codice e che si trovan citate nelle Instituzioni (4). Diverse costituzioni esistenti in origine nel *Codex repetitae praelectionis*, sonosi perdute per negligenza de' copisti. Non prima de' tempi moderni (nel XVI° secolo) sono esse state in parte ristabilite da Agostino, Le Charon, Cuiacio e Conte, i quali le rinvennero parte nelle Basiliche (§ 75), e parte negli atti del concilio di Efeso ed in altre fonti della ragion canonica; ond' è lor venuto il nome di *Leges s. constitutiones restitutae* (5).

Si cita il Codice allo stesso modo che le Pandette, nominando *lex* ciascun passo; per esempio:

L. 22, C. *mandati vel contra.*

Sarebbe piu regolare lo scrivere *const.* invece di *lex* (6), o di citar semplicemente:

(1) Const. *Cordi nobis*, de em. Cod. §. 2, 3.

(2) S'intende già, delle *vere* costituzioni; perchè le *leges restitutae* son tutte *sine die et consule.*

(3) Oberg. *De ordine, quo constitutionum Codex, quem in Corpore juris habemus, compositus sit, praesertim quoad eos libros, quibus hodie utimur.* Gott. 1831.

(4) Per esempio: §. 11, J. II, 10. — §. 7, J. III, 2. — Pr. J. III, 7, — §. 3, J. III, 8. — Pr. III, 10.

(5) Per esempio: Const. 24, C. IV, 35. — Const. 46, C. 1, 3. — V. Witte, *Die legas restitutae des Justin. Codex.* Bresl. 1830. — Heimbach, Const. 12, 13, 16, 20 C. *de haered etc.* Jenae 1831.

(6) E così le nomina lo stesso Giusti-

Const. 22, C. IV, 35.
Ovvero, designando il titolo ed il suo numero:
Const. 22, C. *mandati vel contra* (IV, 35).

§. 71. 6. *Le Novelle.*

Col Digesto, le Instituzioni ed il Codice *repetitae praelectionis*, il corpo del dritto potea ben dirsi compiuto; ma durante il lungo volger di tempo che ancora imperò Giustiniano, egli pubblicò dal 535 fino al 565 una moltitudine di disposizioni particolari, con le quali spesso mutava di pianta il già pubblicato. Queste novelle costituzioni, parte latine e parte greche, son dettate in uno stile oscuro e tronfio; e son conosciute sotto il nome di *νεαραὶ διατάξεις*, cioè *novellae constitutiones*. Che Giustiniano le abbia fatte egli stesso disporre in un certo ordine, siccome ne avea dato intenzione (1), è materia di dubbio; ma quello che non ne ammette punto, è ch' egli non ne pubblicò alcuna raccolta officiale. Poco dopo morto Giustiniano, fu fatta una collezione di 168 Novelle greche, ma di queste solo 154 appartenevano a lui, le rimanenti a' suoi successori. Più tardi i glossatori radunarono le Novelle e ne fecero 9 collazioni, composte in tutto di 97 Novelle, perchè le altre non erano più in pratica (2). Ciascuna collazione contiene più titoli, ognuno de' quali è ordinariamente una Novella: la sola Novella ottava piglia due titoli, il secondo ed il terzo della 2ª collazione. I glossatori, i quali non ammisero nelle loro nove collazioni se non 97 Novelle, non ebbero in conseguenza se non 98 titoli. Le altre Novelle non entrate in detta collezione, sono perciò dette *extravagantes* ovvero *novellae extraordinariae*. Le collezioni moderne contengono tutte le 168 Novelle, ma quelle chiosate e quelle no, vi stanno alla mescolata; il che è cagione che l' ordine e numero delle Novelle differisca nelle diverse edizioni (3).

§. 72. *Epitome Juliani* e *Versio vulgata Novellarum.*

Subito morto Giustiniano, o forse ancor vivente, Giuliano, antecessore in Costantinopoli (4), fece verso l' anno 570 uno estratto latino abbastanza esteso di 125 Novelle, conosciuto col nome di *Epitome Novellarum* o pure *Liber Novellarum*, e che ha dipoi ottenuto, massime in Occidente, una grande autorità (5). Poco dopo la morte di Giustiniano comparve altresì una versione compiuta delle Novelle, non si sa di chi: la quale fu poi chiamata

niano nella const. *Haec quae necessario*, §. 2; const. *Summa reipublicae*; e const. *Cordi nobis*, pr.

(1) Const. *Cordi*, de emend. Cod. §. 4.— Nov. 25, epilog. — Nov. 127, c. 5, §. 1.

(2) Savigny, t. 3, p. 450.— V. le note al §. 96, dove queste 97 Novelle sono indicate.

(3) Oltre a queste 168 Novelle, il *Corpus jur. civ.* contiene anche 13 editti di Giustiniano, che in effetto sono anch'essi Novelle, ma principalmente disposizioni particolari per talune città o provincie. — Kind, *Diss. I, II de XIII Justiniani edictis*. Lips, 1793. 1801.

(4) Cioè interpetre e dottor di dritto, insegnatore delle leggi, com'è detto nel fr. 6, §. 12, D. *de excus. tut.* I leggisti che si davano al Foro, si dicevan *Togati*; quelli che preferivan le scuole, *Antecessores*, o anche *Professores*. (*Trad.*)

(5) L'*Epitome* fu pubblicato in prima da Boerio a Lione, nel 1512; poi da Le Mire, nel 1561; da Agostino, nel 1566; e da F. Pithon a Basilea, nel 1576, sotto questo titolo: *Imp. Justiniani Novellae constitutiones per Julianum de graeco translatae;* finalmente fu ristampato con alcuni mutamenti in *P. et F. Pithoei Observat. ad Cod.* Parigi 1689. L'ed. del *Corpus juris* di Senneton (Lione 1549, 1550) lo contiene altresì, tolto da un buon manoscritto. V. più innanzi, nelle note al §. 104.

Corpus authenticum (1) da' glossatori, per distinguerla dall' *Epitome Juliani*, ed è appunto quella da' medesimi ordinata in nove collazioni. Presentemente è nominata *Versio vulgata* (2).

§. 73. *Del modo di citar le Novelle.*

Secondo la maniera antica di citar le Novelle, adottata da' glossatori, e seguitata lunga pezza dopo di loro, si ponea per primo *Auth.*, appresso la rubrica del titolo sotto cui la Novella stava nella collazione de' glossatori; dipoi scrivevansi le prime parole del paragrafo, per le quali si capiva il capitolo della Novella; ed ultimo veniva il numero della collazione, ed ordinariamente quello del titolo, come:

Auth. de haered. ab intestato, § *si quis*, *coll. 9*, *tit. 1*.

Questa maniera è oggidì fuori d' uso; ed essendochè le Novelle, almeno in tutte le nuove edizioni fatte dopo quella non chiosata di Conte, sono ordinate per numeri nelle collazioni, perciò si cita ciascuna Novella pel numero che or ha, senza badare alla collazione. La citazione preallegata si scriverebbe così:

Nov. 118, cap. 1 (3).

SEZIONE III.

VICENDE DEL DRITTO ROMANO DOPO GIUSTINIANO.

I. IN ORIENTE.

§. 74. *Delle versioni greche delle raccolte di Giustiniano.*

Conciosiachè la lingua latina, in cui Giustiniano avea composte e pubblicate le sue raccolte di leggi, non fosse la lingua de' Bisantini, esse furon presto voltate in greco, quando con troppi particolari, quando con troppa concisione, ma raramente con fedeltà e a parola per parola, come pur Giustiniano avea posto per condizione alla licenza di tradurle (4). Siffatte versioni greche delle Instituzioni, del Digesto e del Codice, contuttochè nessuna fosse officiale, ma tutte provenienti da private persone, furono ben presto di uso maggiore degli originali. Nè le Novelle furono dimenticate; come tra le altre cose il provano un lavoro di Attanasio Scolastico, rinvenuto da Biener a Parigi, ed un libricciuolo di Psello, pubblicato da Berger. A queste opere si aggiunsero pure numerose costituzioni de' successori di Giustiniano; e sebbene egli avesse espressamente vietato di commentare le sue raccolte (§ 64), i giureconsulti venuti dopo non si curarono del suo divieto. Tra non guari si videro comparire una folla di comenti greci ai libri di dritto di Giustiniano: e poichè questi dovevano naturalmente occuparsi altresì de' mutamen-

(1) Essa è molto antica, ma altrettanto cattiva. È quella appunto, che trovasi nel *Corpus jur. civ.* Ne sono uscite di migliori, curate da G. Aleandro (1531) e da G. F. Hembergk (1717). — Vedi appresso, il §. 105.

(2) E non già, come dice Hapfner: *le parole che cominciano la Novella:* Comm. §. 11 e 12, n° 7.

(3) Nelle edizioni *chiosate*, non si possono far ricerche con tal designazione. Vedi la fine del §. 71.

(4) Const. *Tanta*, de conf. Dig. §. 21.

ti dopo Giustiniano introdotti nel romano dritto in Oriente, ciò fece la scienza del dritto sì estesa e l'uso delle compilazioni di Giustiniano sì incerto, che treceuto anni dopo si fu nella necessità di fare una novella redazione del dritto allora vigente (1).

§. 75. *Le Basiliche* (2).

L'Imperatore Basilio Macedone pose le fondamenta di siffatta redazione. Ei fè primieramente comporre nell'876 un compendio del dritto romano e del greco, che sotto il titolo di πρόχειρον τῶν νόμων racchiudeva quaranta titoli e dovea servire come libro elementare. Dipoi nominò giureconsulti deputati ad una nuova compilazione del dritto vigente, che dovessero redigerla in greco. Per la quale opera si fece uso principalmente delle versioni greche di già pubblicate e de' comenti sopra i libri di Giustiniano, e riunendo le diverse raccolte di Giustiniano, le sue costituzioni staccate e quelle de' suoi successori, se ne formò un sol corpo. Se non che, Basilio Macedone passò di questa vita prima che il suo disegno fosse eseguito, nell'886. Il suo figliuolo Leone il Filosofo, fè porre l'ultima mano a questa opera, e pubblicolla col nome di Basilica (3). Essa conteneva sessanta libri, nei quali tutto era ordinato per materie ed in titoli. Verso l'anno 945, l'imperatore Costantino Porfirogenete fece dare opera ad una novella edizione delle Basiliche (Ἀνακάθαρσις τῶν Βασιλικῶν, s. *Basilica repetitae praelectionis*). Cotal corpo di dritto, scritto in greco, è di utilità grande per la spiegazione de' libri di Giustiniano, sebbene uopo sia valersene con circospezione (4); ma soli trentasei libri ne abbiamo compiuti, sette non sono interi, e de' diciassette altri non ci rimane se non alcuni estratti trasmessi dal Fabroto. La migliore e più compiuta edizione fattane, è quella curata da detto Fabroto, ch'egli pubblicò a Parigi il 1647 (5), con una traduzion latina e delle postille, ed alla quale Reitz nel 1752 fece pure alcune aggiunzioni (6). C. Witte è stato il primo a pubblicar per intero il titolo *De diversis regulis juris* (7). Noi possediamo altresì una *Sinopsis* ovvero *Ecloga* delle Basiliche, che non è altro che un repertorio di esse Basiliche ordinate da principio per progressione alfabetica, e dappoi disposte secondo l'ordine de' libri, nella edizone di Leunclavio 1575, e in quella con aggiunte di

(1) Circa le fonti del dritto romano e greco dopo Giustiniano, vedi Clossio *Hermeneutik.* p. 87-105.

(2) Suaresius, *Notitia Basilicorum.* Recensuit et obs. Pohl. Lips. 1804. — Hoepfner, Progr. de *Basilicon.* libris, Giess. 1774. — Cf. Haubold, *Inst. jur. dogm.* ed. Otto §. 306-309. — Heimbach, *De Basilicorum origine, fontibus, hodierna conditione atque nova editione adornanda.* Lips. 1825. — Biever, *De colectionibus canonum Ecclesiae graecae.* Berol. 1827, §. 2. — Il medes. nella *Themis* X, 161, e Longueville, p. 172.

(3) Questo nome quadra per doppio rispetto, o che Leone abbia nominata questa opera *Basilica* per onorar la memoria del padre, o che lo si faccia venir da Βασιλικαὶ διατάξεις, cioè a dire *constitutiones imperatoriae.*

(4) Nello stesso Oriente fu avviso, fin dal XII° secolo, che la legislazione di Giustiniano non avea di praticabile se non quello che n'era stato ammesso nelle Basiliche, come di rincontro è nota in Occidente quella sentenza: *Quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia.* Il che vedesi soprattutto pel *Nomocanon* di Fozio.

(5) *Βασιλικῶν libros LX graece edidit et in lat. linguam transtulit et glossas veterum Ictor. addidit C. A. Fabrotius*, Parigi 1647, 7 vol. in fol.

(6) Guil. Otto Reitz, *Basilicorum libri quatuor XLIX, L, LI, LII nunc primum editi cum latina interpretatione et cum notis;* in Meerman, *Thes.* t. V, p. 1, come pur sotto il titolo di *Operis Basilici Fabrotiani supplementum.* Lugd. Bat. 1765, in fol.

(7) *Basilicorum titulus de diversis regulis juris antiqui nunc demum integer,*

Labbé, del 1606 (1). Il manuale di Haubold giova molto a facilitare l'uso delle Basiliche, e la ricerca de' passi copiati da' libri di Giustiniano (2); e dal canto loro, le nuove edizioni del *Corpus juris civilis* de' fratelli Krügel e di Beck (§ 108) a ciascun passo rinviano alle Basiliche. Heimbach ha pure pubblicato una novella edizion critica delle Basiliche, con postille; la qual rinvia a' corrispondenti passi de' libri di Giustiniano (3).

§. 76. *Le Novelle di Leone.*

Oltre alle Basiliche, l'imperator Leone dette ancor fuori, dall'887 all'893, varie altre ordinanze, con le quali mutò parecchie disposizioni del dritto di Giustiniano. La raccolta fattane da lui medesimo contiene 113 Novelle; le quali furono in origine dettate in greco (4), ma poi nel 1560 furon recate in latino da Agileo. L'anno appresso furono ristampate. e da quel tempo in poi sono rimaste nel *Corpus juris* (5).

§. 77. *Costantino Armenopulo.*

Tra gli scrittori greci degli ultimi tempi, i quali lavorarono in sul dritto romano-greco (6), e particolarmente in sulle Basiliche si fa notare Costantino Armenopulo, morto a Costantinopoli nel 1382. Egli scrisse un manuale di dritto romano-greco, sotto il titolo di πρόχειρον τῶν νόμων, in sei libri, che fu pubblicato la prima volta a Parigi nel 1540, da Teodorico Adameo. La migliore edizione che si abbia di questa opera, è quella che W. Otto Reitz pubblicò nel 1780 con una traduzione latina ed osservazioni (7).

§. 78. *Dritto romano-greco nella Grecia odierna.*

Dopochè i Turchi ebbero pigliato Costantinopoli e distrutto il greco imperio nel 1453, i Greci furono veramente sottoposti ala costoro signoria, ma si permise ad essi di conservare anco dopo la disfatta i propri giudici ed il proprio loro diritto. Di che, le Basiliche conservarono appo quelli autorità grande, e si mantennero infino ad oggi il fondamento del loro dritto civile (8). Con un decreto de' 4 (16) febbraio 1830, il defunto Presidente Capo d'Istria nominò deputati a riveder le Basiliche e le Novelle degli antichi imperatori di Bisanzio. Tutti i dritti civili e le leggi oggidì vigenti in Grecia, debbono esser riuniti ed ordinati in questa opera (9).

e codice Goisliniano, ed Car. Witte. Vratislav., 1826.

(1) Βασιλικῶν *librorum LX Eclogas. Sinopsis*, ex ed. cum vers. et adnot. Ioan. Leunclavii. Basil. 1755, in fol.—C. Labbaens, *Obs. et emend. in sinopsin* Βασιλικῶν Parigi, 1606. Denno edit. Paris. 1679, in fol.

(2) Haubold, *Manuale Basilicorum*. Lips. 1819. — Heimbach, *Basilicorum cum jure Iust. collatorum* spec. 1, dà il cominciamento di una nuova comparazione critica delle Basiliche co'libri di Giustiniano.

(3) *Basilicorum libri XL*. Post Ann. Fabroti curas ope codd. mss. a Gust. Heimbachio aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit, editos denuo recensuit etc. etc. C. G. E. Heimbach. Lips. 1833.

(4) Sono state pubblicate primieramente, in greco, da Scrimger, a Parigi 1558. — Beck, *De Nov. Leonis liber sing.* edid. Zepernick, Halae, 1719. — Haubold. *Inst. hist. dogm.*, ed. Otto, § 310.

(5) Trovansi inambo le lingue, nell'edizione di Le Conte. Lione 1571; ed anche, riunite in Elm. Bonefidius, cioè di Bonne-Foi, *Jus Orientale*. Parigi 1573, ed in Leunclavio, *Jus graeco-rom.* Francf. 1596.

(6) Heimbach *Obs. juris graeco-rom.* P. 1., contiene una scrittura intitolata: *Scriptoris anonymi de actionibus liber.* Lips. 1830,

(7) Essa rattrovasi nel supplemento di Meerman, *Thes. jur. civ.* p. 1-436.

(8) Thèmis, t. 1, pag. 185.

(9) Ciò fu pubblicamente annunziato.

II. IN OCCIDENTE.

§. 79. *A Del dritto romano in Italia.*
1. *Prima de' glossatori.*

Da principio i libri di dritto di Giustiniano erano destinati al solo Oriente: ma quando quell'imperatore nel 555 ebbe vinto gli Ostrogoti fattisi padroni d'Italia, e ch'egli ebbe ridotta questa contrada sotto la sua dominazione, egli vi fece altresì ammettere le sue raccolte di dritto, così ne' tribunali come nelle scuole. Fu tutto ciò da lui statuito nel 554, nella *Sanctio pragmatica* conservataci da Giuliano ne' suoi estratti delle Novelle (§ 72) (1). D'allora l'uso del romano dritto mantennesi in Italia, malgrado tutti i politici rivolgimenti da lei sofferti ne' secoli seguenti, e fin sotto il dominio de' Lombardi e de' Franchi (2). Par nondimeno, che sotto i Franchi il Breviario Alariciano (§ 50) s'introdusse in Italia, e ch'esso fu sovente ritoccato per uso de' Romano-lombardi (3).

§. 80. *Brachilogo.*

Benchè lo scadimento delle arti e delle scienze, e la barbarie e l'anarchia regnanti per tutto nel medio evo insino al decimosecondo secolo, non lasciassero punto sperare che il dritto romano diventasse obbietto di scientifici lavori, pure noi abbiamo di questo tempo un libro, che in un de' manoscritti conosciuti fin oggi nella biblioteca di Vienna ha per titolo *Summa Novellarum constitutionum Justiniani Imperatoris* (4), ma già da più secoli meglio è noto sotto il titolo di *Brachylogus juris civilis* o di *Corpus legum per modum Institutionum*. Esso contiene un sistema succinto del dritto romano, avente per base le Instituzioni, sebbene anche le Pandette, il Codice e le Novelle vi sieno state poste a profitto. L'autor di questo libro è al tutto ignoto, e il titolo di *Brachylogus* è stato solamente trascelto da un editore posteriore: solo si sa che l'opera fu composta in Lombardia verso il 1100 (5).

§. 81. 2. *Del tempo de' glossatori* (6).

Non prima del dodicesimo secolo fu veduto rinascere in Italia l'ardore per

(1) Essa principia con le parole: *Pro petitione Vigilii* (§ 11), e trovasi nelle giunte al *Corpus juris* (ediz. di Gott. t. III, p. 669.)

(2) V. Savigny, t. I, II, e l'eccellente opera di I. D. Meyer intitolata: *Natura, origine e progresso delle instituzioni giudiziarie de' principali paesi di Europa.* Aja. 1819, 6 vol. — Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* ed. Otto, § 938-943.

(3) La *lex romana* che pubblicò Canciani, *Leges barbar.* vol. 2, p. 463, ex codice Utinensi, contiene una simile edizione del Breviario per l'Italia.— Essa trovasi in Walter, *Corp. jur. germ. antiqui.* Berol. 1824, t. III. p. 691.

(4) Hugo opina questo titolo essere il vero, e significare: *Breve sposizione del dritto nuovo di Giustiniano.*

(5) V. Hugo, *Stor. del drit. rom. dopo Giust.* p. 91, 3. ediz. — Cramer, *Dispunct. juris civ.* Suerini 1792, ed. 12. — Weis, *De aetate Brachylogi.* Marb. 1808. Haubold, *Inst. jur. rom.* § 938. — Savigny, t. 2, p. 238, e seg. — *Thémis*, t. V, p. 203 (ed. belg.).

Il Brachilogo fu primieramente stampato nell'edizione fatta da Senneton delle collezioni di Giustiniano (Lione, 1549 e 50), in qualità di supplemento alle Instituzioni. L'ultima edizione è venuta a luce col titolo di *Corpus legum, s. Brachylogus juris civilis*, emend. comment. edidit Ed. Boecking. Berol. 1829. La prefazione contiene diverse osservazioni su' manoscritti, le edizioni, la patria, l'età e le fonti di questo libro di dritto.

(6) Sopra i glossatori e i loro primi

lo studio del dritto romano, e la scuola di dritto di Bologna ne fè l' obbietto principale de' suoi lavori. Il primo che abbia insegnato il dritto a Bologna, è Pepo, senza che per altro apparisca essere stato gran cosa (1). A lui tenne dietro Irnerio, ossia Werner, il quale acquistò troppo maggior riputazione: egli visse ed insegnò al cominciar del dodicesimo secolo, e deve esser risguardato come il fondatore della nuova scuola di Bologna (2). Dichiarò il testo delle compilazioni di Giustiniano con osservazioni sulla materia e sulle espressioni, alle quali si dette nome di *glosse*. Siffatte glosse furono aggiunte a' manoscritti; ed in principio s' intromettevano a dirittura nel testo, accanto alle parole chiosate *(glossae interlineares)*; ma poi furono scritte in margine, talvolta allato del testo, tal altra di sotto *(glossae marginales)*. Dopo Irnerio, i suoi discepoli ritennero lo stesso metodo, ed il simile fecero i successori: onde lor venne il nome di *glossatori* (3). I più celebri tra questi sono: Bulgaro, morto versa il 1166, (4) ed il suo avversario Martino Gosià, morto verso il 1165 (5); Ugo ovvero Hugo di Porta Ravennate, morto nel 1168 (6); Jacopo, morto nel 1178 (7); Rogerio, mor-

successori, ved. Panciroli *De claris legum interpretibus*. Venet. 1637. Ibid. 1655. Lips. 1721.—Mauri Sarti et Mauri Fattorini, *De claris archygymnasii Bonon. professoribus*. Bonon. 1769, 1772. — Savigny, *medio evo*. — Hugo, *Stor. del drit. rom. dopo Giust*. 3. ediz. p. 105 e seg.

(1) Odofredus, in Dig. vetus, L. 6, *de just. et jure* (a).

(2) Negli scritti del 12° secolo è chiamato pure *Magister Guarnerius* ovvero *Warnerius de Bononia*. Odofredo il nomina *primus illuminator scientiae nostrae*, oppure *juris lucerna*. Gloss. ad fr. 6. D. 1, 1. (b).

(3) Circa il metodo de' glossatori, veggasi il Savigny ne' vol. III, e V.

(4) Questo celebre giureconsulto, a cui fu dato, e rimase il soprannome di *Bocca d'oro*, quasicchè fosse il *Crisostomo* della giurisprudenza, fu in molta fama non solo di dottrina, ma eziandio di nobiltà di carattere. Leggonsi di lui nelle cronache diversi fatti notabili, come quando contro alle opinioni da lui stesso professate nella scuola, restituì la dote al suocero, impedì allo scolare di appropriarsi un cinghiale trovato ne' lacci, ricusò di prendere uno sciame di api, rispondendo a chi gli obbiettava i suoi principj legali: *non timeo judicia futura, sed scandala*. Narrasi che, fatto vecchio, rimbambì: avea perduto la memoria, e trastullavasi co' fanciulli in sulla sabbia. Quattro opere di lui si citano: Le Glosse; Il Comentario sul titolo *de regulis juris*; un Trattato della procedura; Glossa sul *liber feudorum*. Solo rimprovero che gli si faccia, è la Dieta di Roncaglia. (*Trad.*)

(5) Fu bolognese, della nobil famiglia de' Gosi, cacciata di città con tutta la parte ghibellina: *fuit de Gosis de Bononia, viris nobilibus, propter partem gibellinam expulsis*. Cynus, in Cod. L. un. de rei uxor. act. La sua scienza lo fè soprannomare *Copia legum*; ma tal titolo non restò a lui, come quello di *Os aureum* a Bulgaro, di cui fu accanito avversario. (*Trad.*)

(6) Detto ancora Ugo di Alberico, dal nome di suo padre. Il cognome *di Porta Ravennate* l' ebbe dal quartiere in cui abitava. Eranvi a Bologna 4 porte: Porta Ravegnana, P. Procolo, P. Pieri, P. Stieri; le quali davano il loro nome ad altrettanti quartieri, per una usanza generale in Italia nel medio evo. (*Trad.*)

(7) I quattro fin qui nominati sono tenuti, benchè senza ragione bastante, pei discepoli e successori immediati d'Irnerio, al quale si attribuisce il seguente distico:

(a) Dove il detto glossatore dà notizia che Pepo tentò d'insegnare il dritto a Bologna, ma non lasciò fama. Questo Pepo trovasi come scabino in un documento del 1075, cioè 40 anni innanzi al tempo che Irnerio tenea lo stesso uffizio. (*Trad.*)

(b) La patria di questo illustre fondatore di una scuola che in molta parte di Europa ha dato alla scienza del dritto un novello aspetto, fu incontrastabilmente Bologna. Dopo il 16° secolo v'ebbe di quelli che il preteser tedesco, fondandosi sul nome Werner; ma gli stessi autori tedeschi moderni deridono la vanità di un tale argomento, ricordando come i nomi portati in Italia da' barbari invasori, si conservaron per molti secoli, e gli infiniti esempi che se ne potrebbero addurre. (*Trad.*)

to nel 1192 (1); Alberico, † 1194 (2); Guglielmo da Cabriano, Placentino, † 1192, e i suoi avversari Errico da Baila e Giovanni Bassiano (3); Burgundio, † 1194 (4); Pillio, † 1208 (5); Cipriano, Azo, † 1230 (6); Ugolino Del Prete, † verso il 1234 (7); Jacopo di Baldovino, † 1235 (8);

Bulgarus os aureum, *Martinus* copia legum,
Mens legum *est Hugo, Iacobus* id quod ego (a).

(1) Gli scritti di questo giureconsulto sono molto meglio conosciuti della sua vita. Della stessa patria è quistione, chi facendolo Beneventano, chi Modanese, chi Piacentino. Le sue opere sono: 1. Glosse, 2. Somme sul Codice, 3. Tre piccoli trattati sulla prescrizione, 4. *De Dissentionibus dominorum*. (*Trad.*)

(2) Fu anch'esso soprannomato *di Porta Ravennate* per la ragione detta di sopra. Si parla poco delle sue opere, e poco bene della sua vita. Contuttociò, narra Odofredo aver sentito dire che avea tanto numero di scolari, che facea le sue lezioni nella sala delle deliberazioni del Comune. Odofr. In Dig. vetus, L. 2, XXII, 4. (*Trad.*)

(3) Tra questi quattro il più notabile fu Placentino, da Piacenza. Ne' suoi scritti si loda assai un vero spirito scientifico ed una cognizion profonda delle fonti; ma vi si nota una smodata vanità. Ecco le sue opere: 1. Glosse, 2. De varietate actionum, 3. Somma sul Codice, 4. Somma sulle Instit., 5. Somma sopra i *Tres libri*, 6. Aggiunte a Bulgaro. (*Trad.*)

(4) Nacque a Pisa, ed in una assai lunga vita fu molto adoperato ne' pubblici negozi. Egli si occupò principalmente in tradurre dal greco, e (non parlando delle omelie del Crisostomo, ed altre opere non appartenenti al nostro proposito) pare omai certo ch'egli fosse il traduttore de' frammenti greci contenuti nelle Pandette. Sembra però che non avesse parte alla traduzione dei testi greci del Codice. (*Trad.*)

(5) Nativo di Medicina, borgo del bolognese. Fu non men forte nella pratica, che nella scienza. Quanto a questa, si citano sette sue opere notabili. Rispetto alla pratica, oltre al famoso processo tra l'arcivescovo di Cantorbery ed i monaci della sua cattedrale, rimesso nel 1187 al giudizio di Papa Urbano III, in cui il Pillio tenne pe' monaci, si ha memoria di un altro processo, in cui uno perseguitava alcuni muratori per averlo ferito con una pietra da loro lasciata cadere. I muratori che avean, secondo l'uso, gridato che si tenesse alla larga, senza ch'egli si fosse curato dell'avviso, fecero capo da Pillio, il quale gli consigliò non rispondessero mai. Della qual cosa indispettito il ricorrente, gridò che li facean per astuzia, e che ben gli aveva uditi egli strillare: Alla larga! (*Trad.*)

(6) Cipriano nacque a Firenze, e dall'aver avuto a discepoli Carlo di Tocco e Rofredo si può conchiudere che professasse a Bologna: compose molte glosse su tutte le parti del Corpo del dritto, e specialmente sul *Volumen*, per lo più trascurato da' glossatori, come pure fè alcune autentiche per i tre ultimi libri del Codice. Azo, detto anche Azzo, Azzolino, talvolta pure Azo Soldano, dal nome del suo padre Soldano, tiene un luogo notabile nella storia de' glossatori. L'autorità del suo nome fu tanta, che in più di un tribunale non si poteva esser giudice senza possedere la Somma da lui fatta; onde il proverbio, *Chi non ha Azzo non vada a Palazzo*. E gli stessi autori moderni, ingiusti disprezzatori di questa scuola, rendono ragione al suo merito. (*Trad.*)

(7) Bolognese anche questo, ed in latino detto *Hugolinus Presbyteri* ovvero *De Presbytero*, soprannome che la sua famiglia avea tolto da un de' suoi membri, Uguccio, prete rinomato di Bologna. Non s'ha a confondere con un altro Ugolino glossatore suo coetaneo, che fu Podestà di Genova. Delle opere di Ugolin Del Prete solo alcune sono state stampate, e queste sotto altri nomi, come si può veder dichiarato nel Savigny, cap. 38. (*Trad.*)

(8) Come tutti i giureconsulti celebri di cui s'è fatta menzione...

(a) Cioè, che a Iacopo non altro titolo desse Irnerio, se non d'essere *un altro Irnerio*; onde poi il coetaneo Otto Morena passa a dire che Irnerio lo scelse per proprio successore. Ma la cosa poco autentica in se stessa, perche leggesi in un manoscritto zeppo d' interpolazioni, è poco verisimile, tra perche Irnerio avrebbe più modestamente, se non sentito, almen parlato di sè medesimo, e perchè tra' quattro dottori non avrebbe potuto con giustizia preferir Iacopo. Era questo di Bologna anch'esso, come gli altri tre, e insiem con questi partecipò al famoso affare di Roncaglia. Qualche volta è, al pari di Ugo, cognominato di Porta Ravennate, perche abitante dello stesso quartiere. (*Trad.*)

Roffredo, † 1243 (1); finalmente Accursio, † verso il 1260 (2), e il suo avversario Odofredo, † 1265 (3) (4). Accursio rendette un gran servigio alla

Bologna, prese molta parte nei pubblici affari. La sua celebrità fè chiamarlo da Genova per podestà, e la sua condotta in tanto uffizio gli fè commettere da quella repubblica la riforma delle sue leggi. Di questo dottore si racconta un notevole tratto di pietà, che può molto servire a chi ama considerare la diversità de'tempi e de' sentimenti degli uomini: cioè che avendo trovato una contraddizione tra due testi del Digesto, *vigilavit una nocte coram altare B. Mariae, ut Deus daret solutionem illius contrarii, et non vidit postea (contrarium) in allegata lege.* Diplovataccio, N. 73. (*Trad.*)

(1) Nacque a Benevento. Nel 1220 era al servizio dell'imperatore; ma dipoi passò dalla parte del Papa, nè le istanze dello stesso Federico 2° (quando s'impadronì di Benevento nel 1241) valsero a più stornarnelo. Nelle sue opere, preziose per la ricchezza delle materie, si rimprovera a Roffredo una certa aridità e un difetto di metodo che ne rendono penosa la lettura. (*Trad.*)

(2) Accursio, il più celebre di tutti i glossatori, nacque a Bagnuolo, piccol villaggio a 4 o 5 miglia da Firenze, circa l'anno 1182. Si è preteso da moderni che si chiamasse Francesco, Buono, Azo o Azone, ma senza fondamento: egli stesso dice semplicemente il suo nome essere Accursio, e con poca lode di modestia soggiunge: *Quod est honestum nomen, dictum quia accurrit et succurrit contra tenebras juris civilis.* Fu discepolo di Azo. Della sua vita pubblica, oltre all'avere insegnato dritto per 40 anni, non si sa altro, se non che nel 1252era assessore del Podestà di Bologna; uffizio negato a' forastieri, ma Accursio fu fatto cittadino di Bologna, dove in progresso di tempo la sua famiglia fu sempre in grande stato e riputazione. Quanto alla privata sua vita, ebbe due mogli, e da queste più figliuoli, primo tra'quali per tempo e per fama Francesco, poi Cervolto, poi Guglielmo, tutti e tre professori di dritto a Bologna, ultimo Cursino, di cui non si sa. V'ha chi vuole che avesse pur una o due figliuole, che anch'esse professassero dritto; ma è poco creduto. Accumulò grandi ricchezze e possessioni; e dicono che non tutto per buone vie, ma che, simile a Seneca, prestasse ad usura, e di più facesse comprare agli scolari le promozioni, aiutato in tali traffichi dal figliuolo Francesco. Dopo insegnato per 40 anni, ritirossi in villa a finirvi la sua glossa nella pace campestre. Morì nel 1260, a 78 anni, e fu seppellito a Bologna. Nel 1396, la repubblica di Firenze decretò un monumento alla memoria del suo famoso cittadino; ma non fu mai fatto. Il Villani ci dà di Accursio il seguente ritratto, che noi crediam meglio tradurre dal latino: « Fu Accursio di statura militare, di aspetto gravissimo e reverendo, ma melanconico, e di tale che sempre meditasse; d'ingegno e di memoria il più che si possa vivace: di vita poi sobria e castissima, benchè si piacesse del vestir netto e pulito per parer magnifico, ma senza esser lezioso: e gli scolari suoi da' modi e costumi, non men che dall'eloquente labbro di tanto maestro, pigliavan le leggi del viver loro. » Quanto alle opere di Accursio, le originali son poche, e poco vagliono, tantochè si crede per alcuni che per coscienza di ciò non ponesse a quelle il suo nome; ma questi han dimenticato il sopra mentovato *accurrit et succurrit*. La sua fama ei la dovette tutta alla Glossa, con la quale rese veramente alla scienza lo stesso servigio, che Giustiniano con le sue raccolte, raccogliendo in uno tutti gli sparsi lavori de' glossatori: la qual opera ebbe effetto maraviglioso, sì nella pratica forense, nella quale fu adottata per legge, e sì nella teorica, nella quale si fece l'unica autorità. Ma la grandezza stessa dello effetto della glossa contribuì non poco allo scadimento della scienza, avendo per quella abbandonato i giureconsulti lo studio immediato de' testi. Ad ogni modo ha ella per noi un gran valore istorico, per esser gli scritti adoperati da Accursio per la più parte perduti ovvero inediti. (*Trad.*)

(3) Gli altri son citati dal Savigny, t. IV e V. Sulle controversie de' glossatori ved. Rogerii Beneventani *De Dissensionibus Dominorum*, *seu de controversiis glossat.* Edid. C. G. Haubold, Lips. 1821. — Ved. soprattutto: *Dissensiones Dominorum, sive controversiae glossat.* ed. annot. illustravit G. Haenel, Lips. 1834.

(4) Odofredo, nativo di Bologna della nobil famiglia *de Denariis*, dopo lui detta *de Odofredis*, segna il principio di una nuova era per la giurisprudenza, a gran pezza inferiore alla precedente. I professori solevan fare lezioni pe'loro discepoli, e trattati profondi pe' giureconsulti: da quel tempo in poi si limitarono

scienza del dritto ponendo insieme le sparse glosse de' suoi predecessori, delle quali egli compose una *glossa ordinaria*, con frapporvi alcune delle sue osservazioni. Nel tempo seguente questa glossa fu accresciuta di alcune addizioni cavate dagli scritti de' giureconsulti venuti dopo di quello.

§. 82. *Delle autentiche nel Codice.*

I Glossatori si studiarono altresì di aiutar lo studio del Codice, introducendo tra le costituzioni, che le nuove disposizioni e segnatamente le Novelle aveano mutate o modificate, estratti di queste nuove disposizioni, con delle citazioni (1). Detti estratti furon dipoi chiamati *Authenticae* (2), e non si debbon confondere con le Novelle chiamate parimente *Authenticae* da' glossatori. Esse furono, in forma di chiose, incorporate al Codice, dove le si trovano tuttavia in tutte le edizioni, con particolar distinzione di caratteri italici. Per citare, mettesi innanzi l' abbreviatura *Auth.*, poi il cominciamento dell' autentica, e finalmente la rubrica del titolo sotto il quale è posta: ovveramente, secondo un nuovo modo, scrivesi il numero del libro e quello del titolo; per esempio: Auth. *Et non observato* C. *de testamentis* (VI, 23).

§. 83. *Delle diverse sorte di Autentiche.*

Le Autentiche interposte al Codice sono di due sorte. La più parte, cioè duecentoventi, sono di quelli estratti delle Novelle, di cui testè s' è detto; nè hanno forza di legge, se non in quanto sono conformi alla loro sorgente (3). Le altre, in numero di tredici, sono estratti di ordinanze degli Imperatori di Germania, Federico I e II, date fuori verso la metà e la fine del XII° secolo; le quali furono in detta forma di estratti inserite nel Codice da' professori di Bologna. Questa è pure la ragione, per che sono chiamate *Authenticae Fridericianae.* Sono esse anteposte alle altre costituzioni, perchè più receuti. Si ravvisano alla inscrizione: *Nova constitutio Friderici* (4); e si citano al modo medesimo degli estratti delle Novelle.

§. 84. *Delle Autentiche nelle Instituzioni e nelle Novelle.*

I Glossatori introdussero pure nelle Instituzioni, come nel Codice, estrat-

alla sola prima parte, con discapito manifesto della scienza. Odofredo fu come tutti i giuristi del tempo, adoperato molto dalla sua patria. Ne' suoi scritti è biasimato lo stile singolarmente barbaro, e l'abuso di dialettica. Sarebbe affatto dimenticato, se non si fosse studiato di riuscir piacevole con molti aneddoti storici, estranei al fine delle sue lezioni, ma che pur oggi sono utili: tantochè dice il Savigny, che basterebbe raccogliere tutti i luoghi storici de' suoi scritti, e farne una edizione critica, per non più curarsi affatto del rimanente. — Gli altri glossatori celebri d' Italia, da Irnerio insino ad Olofredo, furono Galgosio, Ottone, Lotario, Bandino, Vacario, primo introduttor del romano dritto in Inghilterra e fondatore di una scuola a Oxford, Caccia-villano, Jacopo di Ardizzone, Jacopo di Colombo, Tancredo, Carlo di Tocco, Piero dalle Vigne, e i tre figliuoli di Accursio. Speriamo ci sia condonato l'aver particolareggiata questa materia alquanto più dell'autore, il quale non ci avea lo stesso interesse. (*Trad.*)

(1) Biener, *Hist. auth. Cod. et Instit. Iustiniani insertarum*, sez. I, II. Lips. 1807.

(2) Comunemente si crede che siffatto nome venga dall'essersi dette *glossae authenticae.*

(3) La cosa non va sempre così. Vedi per esempio: Nov. 117, c. 7, e Auth. *Si pater*, C. V, 24.

(4) V. per esempio: Auth. *Habita.* C. IV, 13.— Auth. *Sacramenta puberum*, C. 2, 28. Le sole Auth. *Gazaros*, C. 1, 5, ed Auth. *Omnes peregrini*, C. VI, 59, non hanno la detta inscrizione.

ti delle Novelle che a quelle derogavano, nella forma di Autentiche: le quali si trovano veramente in alcuni manoscritti chiosati delle Instituzioni, ma nella più parte delle edizioni si desiderano (1). Sebbene vi abbia tra esse e le chiose ordinarie immensa differenza, stettesi gran tempo senza notarle: erano anzi cadute quasi nell' obblio, allorchè Savigny ed Hugo richiamaron sopra esse l' attenzione de' giureconsulti. Havvi pure di simiglianti Autentiche nelle chiose alle Novelle, ma solo in taluni manoscritti.

§. 85. B. *Del dritto romano in Francia.* 1. *Prima de' glossatori.*

Nel regno de' Franchi, i quali al tempo di Giustiniano signoreggiavan la Gallia, i Romani si reggevano col Breviario Alariciano ed il Codice Teodosiano. L' uso del romano dritto in Francia, del pari che in Italia, si conservò per tutto il medio evo. Fin dalla metà dell' undecimo secolo, dicesi che San Lanfranco, arcivescovo di Cantorberi, insegnò dritto romano, quando era abate a Bec in Normandia (2), ed un libro intitolato: *Petri exceptiones legum Romanorum*, dà la prova più evidente dell' essersi ricorso, anche prima de' glossatori, a' libri di Giustiniano, nel lavoro fatto sul romano dritto per uso della Francia (3). Giusta le nuove ricerche del Savigny (4), in Francia, e propriamente in quel di Valenza, fu composta questa opera (5). Il tempo n' è determinato alla seconda metà dell' undecimo secolo: dell' autore non si sa. Contiene in quattro libri una sposizion sistematica del dritto, e particolarmente del romano. Le fonti, ond' è cavato, sono le Instituzioni, le Pandette, il Codice, e le Novelle compendiate da Giuliano (6) (7).

§. 86. 2. *Dopo i glossatori.*

Dacchè il romano dritto fu ristabilito in Italia dagli sforzi de' glossatori, videsi rinascere nelle scuole e ne' tribunali francesi un forte desiderio di rivaleggiare (8). Il libro presentemente detto *Ulpianus de edendo*, il qual racchiude una breve sposizion della procedura, cavata da' libri di Giustiniano, fu probabilmente dettato circa questo tempo in Francia oppur ne' Paesi Bassi, da un autore al tutto ignoto (9). Placentino, da noi ricordato nel nove-

(1) Schrader, *Prodromus*, § 42 e seg.— L' edizione delle Instit. pubblicata da Cuiacio nel 1585, le ha date prima come supplemento; Baudoza nel 1591 le pose allato al testo. Trovansi pure nell' ediz. del *Corpus jur. civ.* di Beck. Lipsia, 1825.

(2) Haubold, *Inst. lit.* § 20—Savigny, t. 2, p. 225.

(3) *Exceptio*, nel linguaggio del medio evo, val quanto dire, estratto, epitome.

(4) T. 2, p. 130.

(5) Fu eziandio ritoccata per uso d' Italia; onde poi le differenti opinioni intorno alla patria di questo libro. — Hugo, *Stor. del drit. rom. dopo Giust.* 3. ediz. p. 92, 93.

(6) *Epitome Juliani*, di cui s' è ragioto sopra, nel § 72. (*Trad.*)

(7) L' ultima edizione di questo libro fatta da Barkow, trovasi come supplemento in fin del 2° vol. di Savigny; il quale autore può anche consultarsi in quanto a' manoscritti.

(8) Savigny, t. III, p. 313 e seg.

(9) L' opera ha pigliato il titolo dalla rubrica del primo passo.— Fin oggi non se ne conoscono, se non due manoscritti; uno sta nella biblioteca Arleana a Londra, e sopra una copia levatane fu pubblicato in parte, col titolo: *Ulpianus de edendo*, nunc primum edidit ex apographo Bestiano cod. ms. Harleyani per G. A. Meywerth et Ern. Spangeberg. Goett. 1809. L' altro ms. è conosciuto pel titolo: *Ulpiani varii tituli juris*; sta nella bibl. *Meerman*, ed è oggi proprietà della bibl. dell' Università di Liegi. *Thémis*, t. VII. — Gramez ne ha pure trovato uno nella bibl. di Treveri (Hugo, loc. cit. p. 94). Warkoenig ha ristampati a Gand, 1833, imss. di Liegi e di Treveri.

vero de' glossatori, insegnò dritto romano a Mompellieri (1). San Luigi (1226—1270) fè fare un volgarizzamento francese de' libri del dritto romano (2); e Pietro Desfontaines compose verso il 1253 il dritto ccnsuetudinario francese, e comparollo col dritto romano (3). Vero è che quest' ultimo dritto fu verso il 1220 vietato per Parigi da papa Onorio III, il quale volle proscriverlo a cagion del favore grande che otteneva, e della disgrazia in cui perciò cadeva il dritto canonico (4); ma siffatto divieto restò senza effetto (5), benchè fosse dappoi rinnovato dall' *Ordinanza di Blois*, nel 1619, art. 69. D'allora in poi venne su quella scuola di giureconsulti francesi nodriti dello studio del romano dritto; tra' quali principalmente si fan notare quelli del XVI° secolo, i cui nomi sono tuttora ripetuti con grande venerazione (6).

§. 87. C. *Del dritto romano in Inghilterra, in Ispagna, ne' Paesi Bassi, e in Russia.*

In Inghilterra si trovano altresì traccie di opere scientifiche sul dritto romano (7). Un giureconsulto lombardo, per nome *Vacarius*, il quale avea studiato a Bologna, recossi in Inghilterra verso il mezzo dell' undecimo secolo, per insegnarvi il romano dritto, particolarmente al clero. Lesselo egli in Oxford tutto l'anno 1149, e dettò un' opera sul dritto romano in 9 libri, col titolo: *Liber ex universo enucleato jure exceptus et pauperibus praesertim destinatus* (8). Dopo di lui, altri giureconsulti dettero pure opera in Inghilterra al dritto romano: con tutto ciò, non vi pigliò mai tal dritto buona radice, nè mai vi fu risguardato come dritto in vigore (9).

In Ispagna e ne' Paesi Bassi (10) si lavorò sul dritto romano con uno ardore e una diligenza particolare, massime dopo il XVI° secolo; e formossi, principalmente ne' Paesi Bassi, una scuola meritevole senza alcun dubbio d'esser pareggiata alla scuola francese dei secoli XVI° e XVII° (11).

In Russia veramente, il dritto romano non è mai stato introdotto come dritto ausiliario, anzi non ha neppur fatto parte dello insegnamento del dritto nelle università: e nondimeno non è esso stato al tutto estraneo al perfezionamento del dritto russo, come ognuno se nè può convincere leggendo la *Kormtschaga-Kniga* (dritto ecclesiastico) e in parte la *Uloschenie* (dritto laico).

(1) Savigny, t. IV, p. 210, 442.

(2) Il ms. di questa traduz. deve tuttavia essere nella Bibl. reale di Parigi. Trovasi in questa una traduzion francese intitolata *Il vecchio Digesto*, in 24 libri, appartenente al XIII secolo.

(3) Nel suo libro: *Il consiglio che Pietro Desfontaines dette al suo amico*; pubblicato da Ducange in fine dell'*Istoria di S. Luigi*, di Joinville.

(4) Questa proibizione si trova nella decretale: *Super specula*, C. 28, X. *de privilegiis* (5, 33). Altre porzioni di questa decretale trovansi al c. 10, X. *de clericis* (3, 50), e al c. 5, X. *de magistris* (5, 5). Vedi sopra ciò Savigny, t. 3, p. 341.

(5) Fu finalmente abolita da Luigi XIV, con l'Editto che regola gli studi del dritto, 1679.

(6) Haubold, *Inst. lit.* p. 50 - 80. — Hugo, *Stor. dopo Giust.* p. 254.

(7) Savigny, t. II, e III.

(8) Principalmente: *Magister Vacarius primus juris romani in Anglia professor.* Wenck Lips. 1820. Cf. Hugo, *Stor. del dritto rom. dopo Giust.* p. 155. — Savigny, t. IV, p. 348.

(9) Diemer, *Comm. de usu et auctorit. juris rom. in Anglia.* Parte I. Lips. 1817.

(10) Sull'introduzione del dritto romano ne'Paesi Bassi, ved. le Memorie sulle quistioni proposto nel 1780, ecc. Brusselles 1783.— Savigny, t. III, p. 651, entra in più minuti particolari.

(11) Haubold, *Inst. lit.* p. 122 e seg.— Hugo. *Stor. dopo Giust.*, p. 445, e seg.

SEZIONE IV.

DELL' INTRODUZIONE DEL DRITTO ROMANO IN ALEMAGNA, E DELL' USO CHE SE NE FA A' NOSTRI GIORNI.

§. 88. *Delle fonti del più antico dritto alemanno.*

Ne' tempi più remoti, il dritto delle nazioni germaniche non era altro, che un dritto consuetudinario. Fondato sulle idee stabilite e sui costumi, conservato in canti e poesie, egli visse lunga pezza scolpito nella memoria, innanzi che fosse posto in iscritto (1). Poco noi sappiamo di siffatto antico diritto, e di quel poco siam debitori a degli scrittori greci e latini, soprattutto a Cesare e Tacito (2).

§. 89. *De' più antichi libri di dritto alemanno.*

A misura che nelle loro trasmigrazioni le nazioni della Germania, particolarmente i Goti, i Borgognoni i Franchi ed i Lombardi, fondarono i loro novelli Stati sulle rovine dell' impero romano di Occidente, cominciossi dalla fine del quinto secolo a radunare e redigere i dritti consuetudinari de' Germani. Per tal modo si formarono a poco a poco, dal quinto all'ottavo secolo, le leggi de' Visigoti e de' Borgognoni, la legge Salica e la Ripuaria, quelle degli Alemanni, de' Bavari, del paese di Frisia, di Sassonia e di Turingia (3). I più antichi libri di dritto germano, conosciuti ancora oggidì sotto il nome di *Leges Barbarorum*, furon composti in latino, com' era l' uso del medio evo, perchè la lingua alemanna non aveva ancora pigliato forma bastante ad essere adoperata dagli scrittori. Quanto al loro contenuto, erano essi molto imperfetti e difettosi, non provvedendo in quel tempo di barbarie, se non a' bisogni del momento, e limitandosi ad una tavola delle ammende, alle successioni ed alla procedura (4).

§. 90. *Della revision di questi libri, sotto Carlomagno.*

Tra non guari i Franchi prevalsero a tutte le altre nazioni germaniche. Carlomagno, la cui dominazione stendevasi sopra una gran parte dell' Alemagna, lasciò veramente alle popolazioni soggiogate le loro leggi ed usanze, ma egli sottopose i loro antichi libri di dritto ad una novella revisione, li compiè e corresse con suoi capitolari (5). Così noi non possediamo cotali libri nel primitivo esser loro, ma co' mutamenti fatti in essi da Carlomagno (6).

(1) Tacito, *De Germania*, c. 2. Dicesi che Carlomagno fè mettere in iscritto così fatti canti. Eginhart, *Vita Caroli Magni*, c. 29.

(2) Giulio Cesare, *Comm. de bello gall.* — Tacito, *gli Annali e le Storie*, ma principalmente la *Germania*. I luoghi di quest'ultima opera concernenti il più antico dritto alemanno, furono raccolti e spiegati in una serie di trattati da Gebauer, *Vestigia jur. germ. antiquissima*. Goett. 1766.

(3) Nel linguaggio del medio evo *lex* non significa *legge* o *libro delle leggi*, sibbene, *dritto* ovvero *libro di dritto*. *Lex Salica* è il *dritto Salico*, siccome *Lex Romana* è il *dritto romano* (§. 58).

(4) V. Savigny, t. 2. — Guizot, nella *Rivista francese*, 1828. — Warnkoernig, *Istoria del dritto belgico*, contenente le instituzioni politiche e la legislazione della Belgica sotto i Franchi. Brusselles, Società tipografica, 1837. Cap. V.

(5) Eginhart, *Vita Caroli Magni*, c. 29.

(6) Si trovano posti insieme in F. Lindenbrog, *Codex legum antiq.* Francof.

§. 91. *De' Capitolari de' re franchi.*

Sotto il dominio de' Franchi, i capitolari furono una novella fonte di dritto. Erano leggi, che i re col concorso del clero e della nobiltà promulgavano dapprima sul Campo di Marte, ed in appresso sul Campo di Maggio; le quali risguardavano non solo il dritto pubblico ed il privato, ma eziandio gli affari ecclesiastici ed i benefizi. La prima raccolta di così fatte leggi, contenente quattro libri e tre supplementi, fu fatta dall'abbate Ansegiso, nell' 827: poi Benedetto Levila vi fece altri supplementi, ed uno incognito l' accrebbe di *quatuor additiones* (1).

§. 92. *De' Formolari.*

A questa epoca non si trova ancora alcuna traccia di lavori scientifici in sul dritto germanico. Scuole di dritto non v' erano, e sol nella pratica si acquistavano cognizioni relative alle leggi. Uomini versatissimi negli affari, particolarmente ecclesiastici, tentarono assai per tempo di far conoscere alcune formole solite adoperarsi in materie giudiziali ed estragiudiziali: onde poi vennero in processo di tempo i libri chiamati *formolarj* (2) (3). La più importante tra queste raccolte di formole è quella fatta dal monaco Marculfo a mezzo il secolo settimo (4).

§. 93. *De' libri di dritto alemanno nel medio evo.*

Posciachè l' Alemagna fu pel trattato di Verdun, nell' 843, separata dalla Francia e dall' Italia, essa vide andare a poco a poco in dileguo l' autorità delle leggi promulgate da' Carlovingi; i quali anch' essi tra non molto disparvero. D' altra parte le antiche leggi della Germania eran di troppo viete per tempi e costumi onninamente diversi. Oltre a che, il dritto e lo studio di esso dovevan di necessità soffrire in mezzo ai disordini suscitati dalla violenza, ed alla confusione ingenerata dalla feudalità. Scomparse le antiche leggi consuetudinarie e quelle de' Franchi, il dritto posava soltanto, per la debolezza del poter legislativo di allora, sulle consuetudini non scritte, sull' *autonomia* delle differenti corporazioni, su i regolamenti e le decisioni de' giudici e degli scabbini, e sui dritti di servaggio, di corte, e di feodalità. Soltanto dopo il XII e XIII secolo si cominciò a raccorre e redigere le consuetudini vigenti in ciascun paese, in ciascuna città ed in ciascun tribunale. Per tal guisa ebbero a poco a poco nascimento:

1613. — P. Georgisch, *Corpus jur. germ. ant.* Halae 1738. — P. Canciani, *Leges barbarorum antiquae cum notis et glossariis*, t. I - V. Venet. 1781 - 92.— Abbiamo oggi una nuova edizione compiuta delle antiche leggi germaniche, opera di M. Walter, professore a Bonn, intitolata: *Corpus jur. germ.* 3 vol. 1823.

(1) La più compiuta raccolta fattane, è quella di Stefano Baluzius, intitolata: *Capitularia Regum Francorum*, t. 1, 2. Parigi 1677, in fol.—La più recente edizione è di Pietro di Chiniac, Parigi 1780. I più rilevanti si trovano pure in Georgisch, p. 465 e seg.— Walter, t. 2 e 3.— Warnkoenig, *loc. cit.* cap. V, § 5.

(2) Savigny, t. 2, pag. 122. — Warnkoenig, V, 7.

(3) Questa pubblicazion de' *formularii* ha troppa somiglianza con quella delle *actiones legis* e de' *dies fasti*, avvenuta in Roma nel 449 dopo la sua fondazione, per benefizio di Gneo Flavio, come volgarmente si narra; perchè il pensatore non vi vegga ampia materia di considerare questi maravigliosi ritorni delle cose di quaggiù. (*Trad.*)

(4) *Marculfi monachi aliorumque auctorum formulae veteres, editae ab Hier. Bignon*, opera Theod. Bignon. Parigi, 1613 in 8., 1665 in 4. — V. pure Baluzius, Canciani e Walter, t. III. —Seidensticker,

4° I *dritti degli scabbini*, ossia le raccolte delle decisioni de' lor tribunali, e delle regole più importanti, secondo le quali pronunziavano.

2° Lo *Specchio di Sassonia*, raccolta contenente principalmente leggi e consuetudini di Sassonia, vigenti nel medio evo. Fu composto, nell' intervallo tra il 1215 e il 1218, da un cavalier sassone, di nome Eike di Repgow, e dipoi chiosato dagli scabbini.

3° La *Guida de' dritti comune e feodale*, che non altro è ch' un libro di dritto sulla procedura, cavato dalla chiosa allo *Specchio di Sassonia* (1).

4° Il libro nominato da Goldast *Specchio di Svevia*, ma che in sostanza non altro è che lo *Specchio di Sassonia* appropriato agli usi e bisogni del mezzodì della Germania, e accresciuto sovente d' interposizioni di chiose nel testo. I manoscritti di questo *Specchio*, differentissimi nel contenuto e nell' ordine, portano il titolo di *Dritto comune e feudale*, ovvero di *Dritto imperiale*, o anche di *Jus provinciale et feudale allemannicum*.

5° Il *Dritto imperiale*, scoperto da Senkenberg, ovvero *Speculum franconico-belgicum*, che contiene un ristretto del dritto alemanno (2).

6° Oltracciò, una moltitudine di *dritti* per le campagne e per le città. Tutti questi libri ed altri così fatti riuscivano di utilità grande pe' giudici e scabini di quel tempo, il che fu cagione che ottenessero una grande autorità; ma furono altresì le sole opere che potessero far conoscere e comprovare il dritto alemanno. Non v'era ancora a quell' epoca alcuna scuola di dritto; e generalmente in Alemagna pensavasi tanto poco ad un sistema del dritto, quanto ad una scienza di questo.

§. 94. *Delle cagioni della introduzion del dritto romano in Alemagna* (3).

Mentrechè lo studio del dritto era così fattamente negletto in Alemagna, egli faceva in Italia ed in Francia sempre maggiori progressi. La reputazione della università di Bologna e de' suoi principali professori non tardò ad inspirare all' Alemagna il gusto della giurisprudenza. D' allora la gioventù tedesca visitò le accademie italiane, ed imparovvi a conoscere un sistema di dritto, che per la sua ricchezza, i suoi lumi, il legamento ed accordo delle sue parti, sorpassava ogni passata trattazione di questa materia. Leggier cosa è comprendere che costoro, ritornati in patria, ed incaricati di pubbliche funzioni, introdussero il romano diritto ne' tribunali, e si studiarono di metterlo in vigore. I progressi del quale furono intanto maggiori, che gli ecclesiastici gli dettero autorità, come a quello ch' era strettamente legato al dritto canonico già riconosciuto in queste contrade. Gl' imperatori di Alemagna ed i signori, subito convinti che il dritto romano con le sue idee di signoria assoluta (4) faceva per essi, pigliarono volentieri a lor servigio de' giureconsulti disciplinati in Italia, principalmente quelli col titolo di dottori nell' uno e nell' altro dritto (romano e canonico), e detter loro i più

De Marculfinis aliisque similibus formulis. Ienae, 1818.

(1) Esso è pure intitolato *Schevencloet*, *Schoeffenglossa*. Secondo altri, porterebbe anche il titolo di *Cautela Premitz* o *Brems*, ma queste sono due cautele di procedure diverse, appartenenti ad Ermanno di Oesfeld, e che ritrovansi in taluni manoscritti ed edizioni in fine dello *Specchio di Sassonia*.

(2) Vi ha pure un altro Dritto imperiale, *jus Caesareum*, non peranche stampato.

(3) Arturo Duck, *De usu et auctoritate jur. civ. rom. in dominiis principum christ.* Lond. 1649, 1653. Lugd.—Bat. 1652, 1654; Lips. 1676.—Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* § 943.—I. G. Kulpis, *De receptione jur. romani*. 1713.—Senkenberg, *Methodus jurisprudentiae*. Append. III. *De recept. jur. rom.*; e molti altri.

(4) Quod principi placuit, legis habet vigorem. Fr. 1, pr. D. 1, 4.—Cf. fr. 31, D. 1, 3.

importanti impieghi (1). Lo stesso Tedesco si vide sottoporre ad un dritto straniero senza rammarico, stantechè la sua patria non gli offriva niente di meglio, e le leggi e consuetudini proprie non bastavan neanche agli antichi rapporti, non tanto che rispondessero a quelli creati dallo incivilimento, dal commercio, e principalmente dalla prosperità grande delle città. A che s'aggiunga, per ultimo, la persuasione in cui s'era, che l'impero romano-alemanno era succeduto all'antico impero romano (2). E poichè dopo il XIV° secolo sorgevano in Alemagna università modellate sulle italiane, e che vi s'instituirono professori speciali di dritto romano e canonico, ne venne di necessità che così fatto dritto straniero passasse dalla cattedra al tribunale (3).

§. 95. *Della cagione per cui il dritto romano è in vigore in Alemagna.*

Cosicchè, la ragione per cui il dritto romano ebbe forza di legge in Alemagna, non è già ch'egli vi sia stato introdotto dalla volontà espressa del potere legislativo, ma principalmente perchè dal cominciar del XIII° secolo egli si stabilì a poco a poco come *dritto consuetudinario* (4). La sua autorità fu gran tempo fondata sulla consuetudine, innanzi che si pensasse a solennemente confermarlo. Nondimeno, non è egli stato ricevuto mediante alcuna disposizion legislativa: solo si ha di certo che nel 1495, quando fu ordinata la camera sovrana dell'Imperio, si prescrisse che i membri di quella si uniformassero alle leggi ordinarie dell'Impero; e tra queste eran compresi il dritto romano ed il canonico (5). Essendochè la sovranità degli Stati di Alemagna sempre più si perfezionava, e che ciascun signore partecipe di detti Stati instituiva nella sua giurisdizione tribunali ad esempio de' tribunali supremi, ei gli imitò eziandio nelle ordinanze e ne' regolamenti che fece, o rimettendo apertamente i suoi giudici al dritto romano, o tacitamente permettendone l'uso (6).

§. 96. *Regole particolari per l'applicazione del dritto romano in Alemagna.*

Il dritto romano di Giustiniano non ha forza di legge in Alemagna se non in quanto egli vi si sia introdotto per via di uso, o (come si suol dire) in quanto è stato adottato. Da questo generale principio scaturiscono le seguenti regole:

1. Il dritto romano ha forza di legge presso i Tedeschi, in talune materie come dritto principale, cioè ch'esso ne fa il principal fondamento, cosicchè il dritto tedesco vi figuri semplicemente come aggiunta o modificazione; in altre materie di dritto, esso è soltanto sussidiario *(in subsidium)*, cioè serve soltanto a compiere il dritto tedesco. Ora è mestieri additare in modo speciale quali sieno i rapporti di ambidue i dritti (7).

(1) Da questo luogo dell'autore si vede quanto ben fondato fosse il giudizio di Sismondi sopra i dottori del medio evo, massime gli italiani, e come poco ragionevole la critica del Savigny. (*Trad.*)

(2) Nel suo atto di abdicazione del 1499 l'imperator Massimiliano chiama gl'imperatori romani Costantino il Grande e Giustiniano: *Suoi predecessori*.

(3) Falck, *Encicl.* § 90.

(4) Qui si parla solo del *dritto romano di Giustiniano*, non dell'anteriore o posteriore, che non sono mai stati in uso in Germania.

(5) Reichs-Cammer-Gerichtsordnung, dell'anno 1495, § 3. I membri di questa Camera dovean giurare di giudicar secondo il dritto comune e quello dell'imperio, e secondo le ordinanze, statuti e consuetudini (conformi alla giustizia e all'equità) de' principati, delle signorie e de' tribunali. — Cf. Reichs- C.-G. del 1654, tit. 1, § 15.

(6) V. per es. l'ordinanza del 1556, tit. V, di Brunswick-Wolfenbuttel; e quella di Lippe, p. 2, c. 6; del pari che altre molte.

(7) Reichs-Hofrahts-Ordnung, tit. 1, § 15.

2. Nelle raccolte di Giustiniano, solo le parti ed i passi accompagnati da chiose hanno forza di legge: *Quicquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia.* Cosiffatta regola non deriva già dall'autorità grande de' glossatori (1), ma da che, quando il romano dritto fu introdotto in Alemagna, quelle sole parti furon tenute utili per la pratica, e per conseguenza poste in uso. Le Instituzioni, le Pandette ed il Codice son chiosati; però havvi in queste due ultime raccolte frammenti e costituzioni, che punto nol sono. A' frammenti delle Pandette non chiosati appartengono: fr. 7, § 5; fr. 8, 9, 10, 11, D. XLVIII, 20. — fr. 17, 18, 19, D. XLVIII, 22; e il frammento interposto tra il fr. 18 e 19, D. L. 17. Alle costituzioni non chiosate del Codice appartengono soprattutto le *leges restitutae* (§ 70), e tutto il titolo *de aleatoribus* (III, 43). Delle Novelle, 97 sono chiosate (2), e sono precisamente quelle che i glossatori hanno ordinate in nove collazioni (§ 71).

3. In fra i passi chiosati delle compilazioni di Giustiniano, solo quelli contenenti effettivamente un principio di dritto hanno forza di legge (§ 97). Ondechè punto non l'hanno le definizioni scientifiche, le distinzioni e le citazioni istoriche, contuttochè per la cognizione del dritto nuovo esse sieno di grandissimo momento.

4. Le disposizioni del dritto romano relative ad usanze al tutto ignote in Alemagna, ed alle instituzioni politiche, non vi ricevono alcuna applicazione, quando bene esse fossero chiosate. Sicchè, tutto ciò che risguarda lo stato ovvero governo de' romani, ordinariamente per l'Alemagna è come se non fosse: dico ordinariamente, perchè vi sono alcune eccezioni (3). Non hanno parimente forza di legge le disposizioni fondate sopra principj non adottati mai in Alemagna (4), o divenutevi ormai senza soggetto (5).

5. Ancora, il dritto romano non può applicarsi a faccende e materie del tutto ignorate da' romani, e di origine tutta tedesca. Debbesi in tali casi applicare le leggi e consuetudini della stessa Alemagna, e non aver ricorso al dritto romano, se non col massimo riserbo (6).

6. Del restante, il dritto romano così circoscritto è ricevuto in Alemagna per dritto comune, nel suo complesso (*in complexu*), non già partitamente. Chi fonda le sue ragioni sopra una disposizione in esso contenuta, ha per sè, come si dice, *fundatam intentionem*, cioè vi è presunzione per la validità e l'applicazione del testo da lui citato, fintantochè la parte contra-

(1) Questa è la ragione, per che le opinioni particolari de' glossatori hanno tanto poca autorità legale, quanto quelle di ogni altro giureconsulto antico o moderno. Se ne trova una pruova, rispetto alle Autentiche, nel Codice. V. II § 83, e gli scritti a ciò relativi in Haubold, *Inst. jur. dogm.* § 899.

(2) Secondo la presente maniera di contare, son queste le Novelle 1, 2, 3, 4, 5 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 33, 34, 38, 39, 44, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94 95, 96, 97, 98, 99, 100, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 123, 124, 125, 127, 128, 131, 132, 134, 143, 150, 159.

(3) Per esempio, le ragioni del fisco.

(4) Per es. la regola che un *pactum* non dà luogo a veruna azione.

(5) Tutto quel che risguarda gli schiavi, la *legitimatio per oblationem curiae* (a).

(6) Per es., nella comunione degli sposi, nel cambio, nelle assicurazioni, nelle successioni per contratto; indi nelle relazioni legali della nobiltà, de' borghesi, e de' villani.

(a) Del qual modo parla Giustiniano nel lib. 2, tit. X, § 13, Instit. Consisteva in ascrivere il figliuol naturale alla Curia, che nelle colonie e ne' municipj era quel medesimo che in Roma il Senato; ma erano sì gravi i pesi della carica di Curiale, che a tempo degli Imperatori era scansata a più potere. Perciò tra le altre incitazioni fu immaginata questa della legittimazione.

(*Trad.*)

ria non prova che quel testo non le può essere opposto per causa di una delle regole dette di sopra, o ch'esso è stato abrogato con una nuova legge.

§. 97. *Modo di conciliare le differenti parti del dritto romano, in caso di contraddizione* (1).

Allorchè due o più luoghi de' libri di dritto romano ricevuti presso i Tedeschi, racchiudono disposizioni differenti o pur contradittorie sul medesimo subbietto, debbesi innanzi tratto vedere se cotal contradizione non è solo apparente, e se può esser distrutta mediante la critica del testo ovvero la interpretazione. Non potendosi ottener questo, si muove dal principio: *il nuovo dritto prevale al vecchio* (§ 6). Nondimeno, nel caso che si presenti una contradizione, non vuolsi mai perder di vista il carattere particolare di ciascheduna raccolta di leggi. Sicchè sonovi sopra ciò diverse regole da seguire:

I. Quando la contradizione viene dall' abrogazion di una legge fatta con legge posteriore, l' ultima deve sempre esser preferita (2). Onde consegue;

a) Che le Novelle, s' intende bene le chiosate, hanno più autorità che le Instituzioni, le Pandette ed il Codice, e che tra le Novelle medesime le più recenti vincono le più antiche (3).

b) Che il *Codex repetitae praelectionis* dee prevalere alle Pandette ed alle Instituzioni, perchè più recente, perchè sorto da una novella revisione del dritto vigente, e perchè pure si è sempre accordata generalmente una maggiore autorità alle costituzioni, benchè presentemente non si faccia differenza alcuna essenziale tra i passi del Codice contenenti uno editto, e quelli che sono rescritti o decreti (4).

II. Quando la contradizione è perchè in un passo l' antico dritto è citato in modo storico, mentre che l' altro passo contiene il nuovo dritto, è naturale che il secondo sia preferito.

III. Se le Instituzioni e le Pandette sono in contradizione, e che siffatta contradizione non possa sparire con l' aiuto di distinzioni e della critica, allora la difficoltà è seria. Considerando che Giustiniano nel far le Pandette si propose d' instruire, è vero, ma soprattutto di fornire un libro di dritto per la pratica, e che le Instituzioni per contrario furon destinate allo insegnamento; che oltre a ciò egli nelle Instituzioni non ebbe in mente di derogar dalle Pandette; e che finalmente debbono riguardarsi le Pandette in certo modo come la fonte delle Instituzioni; si troverà regolare di preferir le Pandette, sempre che le Instituzioni non contengano una legge più recente, come principalmente interviene quando queste si riferiscono a nuove costituzioni apportanti derogazione alle precedenti.

IV. Incontrandosi contraddizioni in una medesima raccolta, l'una delle due opinioni confermata da' compilatori è preferita: mancando cotal confermazione, non si può stabilire alcuna regola generale (5). Per conciliare e spiegare due testi in tal modo contradittorii, devesi nello stesso tratto por mente

(1) V. Schoeman, Handb. des Civilrechts, t. 1, p. 1 e seg. — Haubold, *Inst. hist. dogm.* ed. Otto, § 300.

(2) Fr. 4, D. 1, 4. « Constitutiones tempore posteriores potiores sunt his, quae ipsas praecesserunt. »

(3) Sulla data delle Novelle v. Biener, *Geschichte der Novellen* p. 500-530.

(4) Giustiniano, con la Const. 12, C. 1, 4, ha pure dato forza di legge generale ai rescritti e ai decreti. Ma per la interpetrazione la distinzion tra gli editti e i rescritti è tuttavia di molto momento, perchè non deve perdersi di vista che i rescritti sono stati sempre fatti per casi particolari.

(5) Giustiniano non vuol punto riconoscere che vi abbia di così fatte contraddizioni nelle Pandette: nella sua const. *Tanta*, § 15, ei dice: « *Contrarium autem aliquid in hoc Codice* (*juris enucleati*) *positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiat.* » Cf. Const.

alla connessione istorica ed interna delle materie in quistione, all'analogia, al posto per essi occupato nella compilazione, alla loro antichità, alla lor natura, ed a' principj su' quali sono fondati; ma uno interpetre instrutto ed intelligente può solo dar sentenza de' singoli casi (1).

Dedit, § 15. — Haenlein, *De officio et potestate interpretis circa antinomias in Pandectis obvias*. Erlang. 1817.

(1) L'autore non ha punto inleso trattare della interpetrazion delle leggi, persuaso che non era luogo da ciò. Infatti, la interpetrazione delle leggi constituisce l'apice della scienza legale, e le Instituzioni, a detto dello stesso Giustiniano, sono e debbono essere *prima legum cunabula, legitimae scientiae prima elementa* (Proem. Inst. § 3 e 4). Dopo determinate le date delle diverse parti del *Corpus juris*, l'autore se ne avvale per additare il modo di conciliare le contraddizioni che in questa raccolta s'incontrano: al quale uopo non occorreva ricordare altro che un solo de' tanti principj appartenenti alla interpetrazion delle leggi, ed il più ovvio di tutti, cioè che la legge fatta dopo prevale a quella di prima. Questo principio egli applica a' diversi casi, e non si cura del resto: anzi giustamente avverte in conchiusione, che anche per l'applicazion di questo principio a' singoli casi si richiede una instruzione ed intelligenza di professore piuttosto che di studiante.

Il perchè, lasciando stare questo particolare abbastanza dichiarato dall'autore, crediamo meglio di aggiungere al general subbietto della presente Sezione la più breve sposizion possibile dell'uso che del romano diritto s'è fatto ne' passati secoli ed ancor oggi si fa in Italia, e particolarmente nel nostro Regno.

Il dritto romano, infino al tempo delle invasioni de' barbari, era universale all'Italia. Perciò le cinque sopra diciassette regioni d'Italia, le quali componevano allora il presente Reame (Campania, Sicilia, Puglia con Calabria, Lucania co' Bruzii, e Sannio) partecipavano anch'esse alle romane leggi, come aveano già gran parte pigliato alle fatiche ed alle glorie di quel popolo signore del mondo. Ma venne pure il tempo che dovettero partecipare alle sue sventure, e se queste furono grandi, il dican gli storici. Vero è che se i barbari invasori di smisurati mali afflissero i vinti, essi ordinariamente lasciaron loro l'uso delle proprie leggi: onde poi provenne quella specialità di ragion civile che chiamasi *dritto personale*, per opposto al *territoriale* prevalente nella odierna civiltà.

E cominciando da Odoacre, il suo regno di poco più di venti anni fu troppo breve perch'egli mutar potesse gli ordini antichi; e se poche mutazioni ei portò nel governo di Roma e d'Italia, nessuna traccia di suo passaggio lasciò nella civile legislazione. Il dominio degli Ostrogoti, neppur esso assai lungo, fu nondimeno di benaltra importanza. Teodorico, il più civile e più grande de' re romano-barbari, promulgò nell'anno 500 di redenzione un codice intitolato *Edictum Theodorici*, già più volte in fin oggi stampato come appendice alle varie edizioni di Cassiodoro: nel quale Editto, sebbene la intenzion di Teodorico fosse pur sempre quella di formar delle due nazioni un popolo solo, epperò discostandosi dal patrio costume ordinasse che le sue leggi egualmente reggessero i Goti ed i Romani (*quas Barbari Romanique sequi debeant*), pur nondimeno egli non potette, o forse ancora non volle batter di fronte il principio di ragion personale dominante nel secolo. Il suo codice non seguitò l'uso di abolire ogni anteriore diritto, ed esso medesimo non di altro si occupò che degli interessi diretti dello Stato, quasi intatta lasciando la ragion de' privati. Ondechè per tutta Italia, ne' tanti casi dal novello codice non regolati, i Goti continuarono ad esser governati dal gotico dritto, gli Italiani dalla legge romana.

Alla dominazione ostrogota successe la greca. Quando nel 554 la riconquista d'Italia era poco men che compiuta da Narsete, Giustiniano diè fuori una prammatica (*Justiniani sanctio pragmatica*, in fine del *Corpus juris*) fatta per riordinare Italia, e che nulla riordinò. Rispetto al diritto, comandava avessero in Italia vigore, come nel restante dell'Imperio, le Pandette, il Codice, le Novelle. Ed a dar loro vigore e rapida propagazione, più che il suo comandamento, contribuiva la corrispondenza de' bisogni del tempo: mentrechè l'Editto di Teodorico, non ancor radicato, cadeva da sè. Pare nondimeno che i Goti potessero continuar la loro osservanza al proprio diritto, garentito (come testè s'è veduto) indirettamente dallo Editto teodoriciano; trovandosi, undici anni dopo assicurata la greca conquista, e per conseguente l'uso del giustinianeo diritto, in-

vocati i gotici Editti da Goti abitatori di Ravenna; ed anche per le professioni di dritto gotico per più secoli dopo fatte in Italia, le quali erano le dichiarazioni da ciascun consegnate a'pubblici registri di quello tra'diversi diritti vigenti, secondo cui egli intendeva di vivere. Gli Italiani adunque seguitarono a governarsi col romano diritto; i Barbari, scemati assai di numero, e privi affatto di potenza, furon liberi di scegliere tra il dritto dell'antica patria e quel della nuova.

Ma dietro l'Erulo, il Goto ed il Greco, in questa lugubre seguenza di stranieri dominii, ecco venire (anno 566) i Longobardi, barbarissimi fra barbari. I quali pure non si dipartirono dall'uso de'lor precessori di lasciare a'vinti la facoltà di reggersi col proprio diritto: *De scribis hoc prospeximus etc. ut contra Longobardorum legem* aut Romanorum *non scribant*. (L. Luitprandi, VI, 37). A che se si aggiunge che l'Esarcato e Roma e diverse marittime città del nostro Regno, tra le quali Napoli, non soggiacquero alla conquista de'Longobardi, e che dovunque lo straniero non regnava, la legge romana era la propria e naturale di tutti gli Italiani, si vedrà quanto ampio dominio questa si avesse in Italia, e spezialmente nelle nostre contrade. Vuolsi anco notare una volta per tutte, che deve la Chiesa nel medio evo considerarsi come una nazion distinta in mezzo a tutte quelle di Europa, avente una propria vita politica ed un suo particolar reggimento; e che il diritto proprio di lei, epperò comune alle chiese di tutti i paesi, agli ecclesiastici di tutte le nazioni, era sempre il romano.

Distrutta finalmente nel 774, sotto i replicati colpi di Carlomagno, la potenza de'Longobardi nella Italia superiore e di mezzo (non in queste nostre parti, dove lunga pezza ancora ella si mantenne), successero circa due secoli di grandissima confusione. I Franchi, novelli dominatori d'Italia, vi portarono i varii diritti reggenti la lor nazione; ma per essere stata la loro conquista una impresa politica, e non una trasmigrazion di popoli siccome le precedenti, non potette quel loro moltiplice dritto molta radice pigliare in Italia. Seguitaron pertanto a dominarvi in compagnia il diritto romano ed il longobardo; e tra noi spezialmente, le Città greche di nome, indipendenti in effetto, preferivano le romane leggi, i Ducati le longobarde.

Ma nella prima metà del XII secolo, mentre per quasi tutta Italia ordinavasi il reggimento a comune, fondavasi tra noi la normanna monarchia. Nel qual punto vedendo ognuno come la nostra causa si separi da quella della restante Italia, noi lasciando a questa godere il suo lungo e glorioso respiro da ogni straniera dominazione, ci restringeremo a trattar di questa parte meridionale, troppo meno avventurata del resto.

Primi ci si presentano i Normanni, fondatori di questo Regno, e dominatori di esso per poco men di due secoli. Componevasi lo Stato per essi fondato di due parti osservanti un diritto diverso: quella sottostata a'Duchi longobardi seguitava in massima parte il diritto longobardo; l'altra conservatasi a nome del greco imperio, preferiva del tutto la legge romana. Dopo la loro unione, vi fu stabilita la personalità de'diritti in tutto ciò che non fosse espressamente ordinato dalla volontà de'padroni: cioè a dire che, salvo l'osservanza debita alle *Constituzioni* de'Principi normanni, ed alle Consuetudini altresì da loro approvate, ciascuno abitante del Regno era in tutto il resto facoltato di vivere sotto il romano diritto, ovvero sotto il longobardico, secondo la origine sua, e talvolta pure secondo la sua elezione.

Non altrimenti fu sotto gli Svevi, succeduti per ragion di eredità a'Normanni. Leggesi infatti nelle Costituzioni siciliane promulgate da Federigo II: « *Secundum constitutiones nostras, et in defectu earum secundum consuetudines approbatas, ac demum secundum jura communia, Longobarda videlicet et Romana, prout qualitas litigantium exegerit, judicabunt.* » (Const. Siculae, lib. I, tit. 59, i. 1.). Fu questo imperatore il primo a riunire le Costituzioni, ch'è il nome attribuito alle leggi fatte dalla normanna e dalla sveva dinastia, e le promulgò nell'assemblea tenuta a Melfi l'anno 1231. Ne fu eziandio fatta una traduzion greca per commodità de'sudditi di quella lingua; di uno esemplare della quale, conservato nella regia biblioteca di Parigi, il marchese Tanucci fè levare una copia.

Agli Svevi, dopo non più di circa 70 anni, tengono dietro gli Angioini (1265). Le leggi da costoro fatte presero nome di *Capitoli*; i quali già fin dal 1282, per effetto del famoso Vespero Siciliano, non ebber più vigore che di qua del Faro. I Capitoli adunque, del pari che prima le Costituzioni, constituivano nel nostro Regno un diritto territoriale; in difetto del quale, ne'due secoli dell'angioina sovranità, osservavasi come per innanzi il dritto consuetudinario, e in mancanza

di questo il personal diritto longobardo ovvero romano, secondo la qualità delle persone. « *Multi tamen non utuntur jure Longobardo in regno, sicut Neapoli et Aversae; Salerni etiam quidam vivunt jure Romano et aliqui jure Longobardo*, scriveva in questo periodo Andrea d'Isernia, e più tardi di lui Luca da Penna: « *Multi utuntur eo jure, alii vero non; sed et in nonnullis civitatibus alii vivunt eo jure, alii vero illud abjiciunt.* » Dapertutto però il dritto romano era quello del Clero, anche pe' secolari viventi sotto altre leggi era dritto sussidiario, e per tutti materia quasi unica degli studj legali; tre funzioni, delle quali non è chi non senta la importanza. Quanto alle Consuetudini, ciascuna città aveva le sue; e si è già avuto l'occasion di vedere qual grado tenessero di legale autorità. Le più famose furono le Consuetudini di Bari, poste in iscritto sotto Carlo I di Angiò, e quelle di Napoli, scritte sotto Carlo II: delle quali le prime, per esser Bari terra di dritto longobardo, nel lor silenzio rimandavano a questo; le seconde, per la ragione opposta, rimettevano al dritto romano. Vuolsi sotto questa medesima epoca far menzione de' Riti della Camera della Sommaria, raccolti di sua privata autorità per Andrea d'Isernia, e de'Riti della G. C. della Vicaria, riuniti per ordine di Giovanna II.

Agli Angioini tennero dietro gli Aragonesi, gli Austriaci, ed ultimi di tutti gli Spagnuoli ci apportarono la più lunga e la più miserevole di nostre tante sventure, circa tre secoli di provinciale servitù. In così lunga età le *Prammatiche* successero a' Capitoli: nel restante, non vi ebbe altro di nuovo, se non che il diritto longobardo andò sempre perdendo terreno, o al più fondendosi nelle locali consuetudini. L'ultimo esempio dell' applicazion di siffatto diritto, di cui serbino i dotti memoria, non passa la prima metà del XVI secolo. Il romano dritto, per opposto, si mantenne maisempre nel suo triplice possesso di dritto principale pe'chierici, di dritto sussidiario pe' laici, e di ragione scritta per tutti.

E quando pur piaceva a'cieli che noi finalmente di lontana provincia tornassimo a Regno indipendente, continuarono sotto Carlo III e Ferdinando IV le cose del dritto nel medesimo stato, salvochè le Prammatiche mutarono il loro nome in quello di *Dispacci*.

Cosiffatta adunque era stata per addietro, e tale trovavasi la condizion del romano diritto tra noi, quando dopo molte luttuose vicende inutili a qui ricordare, il Decreto del dì 21 maggio 1819 ordinava: « Art. 1. Le leggi romane, le costituzioni, i capitoli, le prammatiche, » i reali dispacci, le consuetudini generali e locali, e generalmente tutte le » altre disposizioni legislative non più » osservate ne' nostri dominii al di qua » del Faro dal dì 1° di gennaio dell' anno 1809 nelle materie che formano oggetto delle disposizioni contenute ne' » codici provvisoriamente in vigore, continueranno dal giorno 1° di settembre » dell'anno 1819 a non aver forza di legge nelle materie che formano oggetto » delle disposizioni contenute nel codice » per lo regno delle due Sicilie. » Ed il simigliante disponevasi nell' art. 3°, per Sicilia. Per la qual cosa è manifesto come oggidì il romano diritto ritenga l'antico suo ufficio di dritto sussidiario in compagnia di tutte le altre disposizioni legislative preesistenti; mentrechè, del resto è certo che sopra ogni altra si leva tuttavia, per esser la ragione scritta del genere umano, ed anche più perchè da esso, come da perenne fonte di equità, le stesse vigenti leggi sono in massima parte derivate, nè senza di esso possono debitamente esser comprese nella scuola, ovver nel foro applicate. (*Il Trad.*)

SEZIONE V.

DELLE COLLEZIONI DELLE FONTI DEL DRITTO ROMANO. — DEL *CORPUS JURIS CIVILIS*; DELLE SUE PARTI, E DELLE SUE DIFFERENTI EDIZIONI.

§. 98. *Delle collezioni delle fonti di dritto antigiustinianee* (1).

Tra le collezioni del dritto romano antegiustinianeo pervenute insino a noi, ma nessuna delle quali è compiuta, crediamo degne di particolar ricordo le seguenti:

1. *Jurisprudentia vetus antejustinianea ex recens. et cum notis* Antonii Schultingii. Lugd. — Bat. 1717. Una edizione di G. H. Ayrer, Lips. 1737, non contiene altro che gli scritti più importanti de' giureconsulti romani pervenuti infino a noi, la *Legum Mosaicarum et Romanarum Collatio* (§. 57), ed alcuni frammenti di antiche collezioni di costituzioni, segnatamente dei Codici gregoriano ed ermogeniano (§. 54); non contiene nulla del Codice teodosiano (§. 55); e le vere Instituzioni di Caio, scoperte dappoi, vi si leggon soltanto nella forma ad esse data nel Breviario Alariciano (§. 59).

2. *Jus civile antejustinianeum codicum et optimarum editionum ope a societate Jctorum curatum; praefatus est et indicem editionum adjecit* Gustavus Hugo. 2. tom. Berolini, 1815. Questa collezione contiene, oltre a quanto si trova in Schulting, il Codice teodosiano, ma senza le nuove scoperte fatte ne' cinque primi libri da Peyron, Clossio, Haenel, e Wenck; non vi si trova nè il vero Caio, nè i *Vaticana Fragmenta*, nè la prefazione promessa nel titolo.

3. Il *Corpus juris civilis antejustinianei*, consilio et cura professorum Bonnensium, Aug. Bethmann — Hollweg, Ed. Baeking, Jo. Chr. Hasse, Ed. Puggaei, aliorumque, Bonnae, 1830. Questa raccolta conterrà tutto il pubblicato nelle due precedenti, e diverse altre cose di più. Finora n'è uscito: *Gaji Institutionum commentarii IV*, per cura di Heffter, e *Gaji Institutionum libri II* ex lege romana Visigothorum, per Boecking (v. sopra, nelle note al §. 47); in seguito: *Ulpiani Fragmenta*, per Boecking (luogo cit.), *Volusii Maeciani de assis distributione* (ibid.), *Fragmentum Sexti Pomponii* (ibid.), *Dosithei Interpretamenta* (ibid.), *Fragmentum veteris Jcti de jure fisci* (ibid.), *Fragmentum Herennii Modestini* (ibid.), per cura del medesimo: *Julii Pauli Receptae sententiae* (ibid.), per Arendts, e *Legum mosaic. et rom. collatio* (nota prima al § 57), per Blume.

§. 99. *Del Corpus juris civilis* (2).

Le diverse parti componenti la raccolta di dritto di Giustiniano, furono sempre da principio trascritte separatamente, e dipoi furono eziandio stam-

(1) Hugo, *Index editionum fontium corporis juris civilis*, posto in seguito alla sua edizione di *Pauli receptae sententiae*. Berol. 1795. — Haubold, *Inst. lit.* p. 217. Clossio, *Hermeneut.* p. 46. — In quanto alle fonti del dritto romano-greco dopo Giustiniano, v. sopra, i § 74-77, e Clossio, 87-105.

(2) V. Spangenberg, *Introd. allo studio della legislaz. di Giust.*; dove egli tratta delle sorgenti del *Corpus juris*, del suo nascimento, disegno, propagamento, e

pate in tal modo. Tuttequante, prese insieme, erano ab antichissimo designate col nome di *Corpus juris civilis* (1), sebbene così fatto nome non si solesse poi usare per titolo della intera raccolta effettivamente fattane. Ciaschedun volume ebbe e serbò piuttosto il suo titolo particolare (2), fino al tempo che Dionigi Gottofredo dette, nel 1604, cotal titolo generale alla seconda edizione del suo *Corpus juris civilis* chiosato, il qual titolo non avea dato alla prima (1589). Quindi in poi, questo nome è stato mantenuto a tutte le altre edizioni. L'ordine assegnato alle diverse parti del *Corpus juris* non è lo stesso che nelle antiche edizioni, e nelle meno antiche non è seguitato a rigore. Noi terrem dietro a quello usato in tutte le nuove edizioni.

§. 100. *Delle sue diverse parti.*
1. *Le Instituzioni.*

Vi sono ancora molti manoscritti delle Istituzioni (3). Tra i più antichi che ci sieno pervenuti, se ne trova uno di Bamberg, che è del nono o del decimo secolo; uno di Torino, forse della medesima epoca, e con una chiosa, della quale una parte fu scritta nello stesso tempo, e l'altra più tardi (4); finalmente quello che altra volta era a Seissenstein, parimente del decimo secolo (5).

Quanto alle edizioni a stampa, sono notabili le seguenti:

1. L'*editio princeps*, in urbe Magontina per Petr. Schoyffer di Gernsheym, 1468, in fol.
2. L'*editio Haleandrina*, di Gregorio Aloandro, in Norimberga, 1529.
3. L'*editio Cujaciana*, di Giacomo Cuiacio, in Parigi, 1585. Giovan Bernardo Koehler la tolse per base della edizion delle Instituzioni da lui pubblicata in Gottinga nel 1772, e l'accompagnò con osservazioni critiche (6).
4. L'edizione di F. A. Biener (7).

valor legale in Alemagna ecc. Annover 1817, p. 401-950.—*Indicis codicum et editionum juris Iustinianei prodromus*, cura Io. L. G. Beck. Lips. 1823—Clossio, p. 29-46; p. 105 e seg.

(1) Per distinguerle dal *Corpus juris canonici*. L'espressione *Corpus omnis romani juris* trovasi già adoperata da Tito Livio III, 34, ma soltanto per le 12 Tavole. Giustiniano usa il nome di *Corpus juris* nella const. un. pr. C. v, 13, parlando delle fonti del dritto romano. Nel 12° e 13° secolo usavasi già di frequente il nome di *Corpus juris civilis*, per designar la intera collezione giustinianea. Savigny, III, 478.—Però, Gottofredo fu il primo a darlo per titolo alla intera opera. Vero è che l'edizion di *Peter ab Area de Baudoza*, 1593, avea già nome di *Universi juris civilis* in quatuor tomos distributi *Corpus*. Il nome di *Corpus juris civilis romani* è più moderno.

(2) Così, per esempio, il primo volume intitolavasi *Digestum vetus*; il 2.° *Infortiatum*; il 3.° *Digestum novum*; il 4.° *Codex repetitæ prælectionis*; il 5.° *Volumen parvum*, o semplicemente *Volumen* Ved. più innanzi il § 107, e Savigny III, 478.

(3) Eckhardt, *Hermeneutica juris*, ex edit. Walch. p. 143.—Spangenberg, p. 532.—Vedi pure Rosshirt, *Nozioni letterarie sul dritto romano*, fasc. 1, n.° 1, dove egli dà de' particolari sopra tre manoscritti delle Instituzioni di Bamberg.—V. su' manoscritti delle instituzioni, Schrader *Prodromus corporis juris civilis*; Berolini 1823, p. 35.

(4) Questo notevolissimo manoscritto è stato scoperto nel 1820 da Clossio, nella biblioteca reale di Torino. V. sopra ciò, Schrader *loc. cit.* p. 55, XC.—Savigny, tom. III, p. 665, il quale dà pure, a pag. 671, la chiosa di Torino.—Hugo, *Storia del dritto rom. dopo Giustiniano*, 3. ediz. p. 86.

(5) Non si sa dove presentemente si trovi.

(6) Kaehler dette cura alle Instituzioni pel *Corpus juris* di Gebauer-Spangenberg, e prima che la seconda parte venisse fuori, se ne servì per la sua edizione. Circa la critica del testo delle Instituzioni, vedi Wüstemann nella sua prefazione alla *Parafrasi di Teofilo*, p. I e seg.

(7) *D. Iustiniani Institutionum libri IV.* Recensuit et indicem editionum adiecit Fr. Aug. Biener, Berol. 1812.

5. Quella di C. Bucher, fatta sopra il manoscritto di Erlangen (1).
6. Quella di W. M. Rossberger, con una traduzione tedesca (2).
7. L'edizione sinottica delle Instituzioni di Giustiniano e di Gaio, per C. Kolenze e Ed. Boecking (3).
8. L'edizione di Ed. Schrader, che forma la prima parte del *Corpus juris civilis* ch'egli pubblica in compagnia di diversi altri giureconsulti (4).
9. Quella di E. F. Vogel (5).

§. 101. II. *Le Pandette.*
1. *Del manoscritto Fiorentino.*

Tra i manoscritti delle Pandette, quello di Pisa o di Firenze è senza fallo il più antico (6) ed il migliore, contuttochè egli contenga alcune lacune nel 46° libro, e che vi si trovino delle pruove della ignoranza del suo copista (7). Tutti gli altri manoscritti delle Pandette, i quali sono stati lunga pezza tenuti a torto per copie di quel di Firenze, furono denominati *manuscripta vulgata*, ovvero *codices vulgati*, per distinzione dal fiorentino (8). Probabil cosa è, ch'egli fosse già stato disteso nel settimo secolo in Constantinopoli, da un Greco. Di là venne in Italia, dove fu primieramente trovato a Pisa (9); nella qual città restò fino al 1411, e quindi passò in Firenze, dove tuttavia si ritrova (10). Il primo a collazionar questo manoscritto

(1) *D. Iustiniani Instit. libri IV.* Textu ad codicem olim Heilbronnensem nunc Erlangensem recognito ed. C. Bucher. Erlang. 1826.—J. F. Hunger, Diss. sist. criticas aliquot observationes in cod. Heilbronnensem. Exlang. 1826.

(2) *D. Iust. Instit. libri IV.* Recensuit et denuo recognovit G. M. Rossberger, Berol. 1829.

(3) *Gaji et Iustiniani Institutiones juris romani.* Recognoverunt, adnotationem adjecerunt conjunctasque ediderunt Clem. A. C. Klenze et Ed. Boecking. Berol. 1829.

(4) Vedi più sotto, nelle note al § 108.

(5) *Flavii Iustiniani Imp. Rom. Institutiones.* Ad optimorum subsidiorum fidem contextum recensuit Em. F. Vogel. Lips. 1833.

(6) Gli si assegna ordinariamente il 7° secolo. Mabillon, *de re diplomat.* lib. 5, 6. Tutti gli altri manoscritti delle Pandette esistenti, sono più recenti. Il sig. Pertz ha però trovato negli ultimi tempi, in Napoli, alcuni fogli di un manoscritto dello stesso tempo di quel di Firenze. Il professor Gaupp gli ha pubblicati, col titolo: *Quatuor folia antiquissimi alicujus Digestorum codicis rescripta.* Neapoli nuper reperta, nunc primum edita. Vratislav. 1823.

(7) Noi abbiamo una minuta istoria ed una descrizione di questo notabile manoscritto, da Brenckmann, *Istor. Pandect. S. factum exemplaris Florentini* Traj. ad Rhen, 1722. Aggiungete: Ge. Chr. Gebauer, *Narratio de Brenckmanno*, Goett. 1764.—Cf. pure Hugo, *Ist. del dritto rom. dopo Giust.* p. 89. Delle dispute sorte intorno a questo manoscritto, v. Haubold, *Inst. hist.* dogm. § 274 (a).

(8) Bach, *Hist. jur.* IV, 3, § 6.—Eckhardt, *Hermeneut. jur.* ed. Walch, I, 2, § 68-74.—Savigny, t. II, 148; t. III, p. 410 e seg.

(9) Odofredus, ad L. *In rem actio D. de rei vind.*—Bartolus, *In rub. D. sol. matr.* Secondo una opinione per addietro assai comune, era esso stato scoperto in Amalfi. L'imperator Lotario secondo ne avrebbe fatto presente a' Pisani, suoi alleati.—Pancirolus, *De claris legum interpretibus*, Lib. 2, cap. 3, 13.—Sigonins, *De regno Ital.* lib. 2. Ma siffatta opinione fu combattuta nel 1772 da Asti, e dopo lui da Guido Grandi, 1727; intantochè dopo di loro non vi si aggiusta più fede.—Hugo, *Ist. del dritto rom. dopo Giust.* p. 451.—Savigny, t.3, p.83. Walch ad Eckhardt *Herm. juris*, p. 76 seg.

(10) Quando fu ricevuto in Firenze, esso fu legato in porpora, dorato sul taglio e deposto in una scatola riccamente guarnita. Fu conservato a modo di una reliquia nell'antico palazzo del comune, e quando i monaci facean vederlo a' cu-

(a) È nota la quistione, se veramente le Pandette fossero state ritrovate a Pisa, oppur da' Pisani portatevi da Amalfi, quando nel 1136 presero e saccheggiarono questa città. I più gravi autori non osano deciderla.

(Il Trad.)

fu Poliziano († 1494). Bolognini († 1508) ed Agostino († 1586) continuarono così fatta collazione (1), e Lelio e Francesco Torelli, padre e figlio, fecero più generalmente conoscere questo manoscritto, facendolo mettere a stampa in Firenze nel 1553 (2). Nonpertanto il testo da lor fornito non era al tutto conforme; essi corressero i passi mancanti di senso, secondo i *ms. vulgata*, ne trassero altresì delle parole, ne riempirono le lacune, ed additarono siffatti cambiamenti mediante diversi segni. L'ultima collazione del manoscritto di Firenze, accuratamente fatta, è di Errico Brenckmann: la si rinviene nelle note del *Corpus juris* della edizion di Gottinga.

§. 102. 2. *Della division delle Pandette in tre volumi.*

Una molto antica division delle Pandette, la quale rimonta al tempo de' glossatori e forma la base di pressochè tutti i manoscritti e le edizioni del Digesto, da quel tempo insino al XVI° secolo, è quella in tre parti ovvero volumi: il primo de' quali denominavasi *Digestum vetus*, il secondo *Infortiatum*, ed il terzo *Digestum novum*. Il *Digestum vetus*, ossia la più antica parte delle Pandette, cominciava al libro 1° e andava fino al libro 24°, tit. 2° incluso; il *Digestum novum*, ossia l'ultima parte, cominciava, primieramente con quelle parole del fr. 82, D. XXXV, 2: *tres partes*, e andava insino alla fine delle Pandette. Possedevansi da prima a Bologna le sole dette due parti, la prima e l'ultima: ma quando dipoi fu quivi ricevuta altresì la seconda parte (3), fu dal *Digestum novum* staccata quella porzione che cominciava con le parole *tres partes*, e stendevasi insino al finir del 38° libro, e fu per rispetto al collegamento delle materie annessa alla parte mezzana delle Pandette, la qual da cosiffatto rinforzo prese il nome di *Infortiatum* (non dicesi mai *Digestum Infortiatum*): di modo che l'*Infortiatum* comprende dal libro 24°, tit. 3°, sino al libro 38° incluso, e il *Digestum novum* dal libro 39° insino alla fine delle Pandette (4).

§. 103. 3. *Delle diverse edizioni delle Pandette.*

Le edizioni stampate delle Pandette sono, in quanto alle lor lezioni, differentissime. Sono esse partite in tre classi principali (5): secondo le quali, o esse contengono

1., La *lectio Florentina s. litera Pisana* (§. 101), vale a dire quella lezione o maniera di leggere che si trova nel manoscritto di Firenze (6): ovvero

riosi stavano sempre a capo scoperto e con un cero in mano. Gli schiarimenti più moderni su di questo manoscritto, massime dopo l'invasion francese in Italia, ci sono stati forniti da Foerster nel *Giornale per la giurisprudenza istorica*, t. 2, p. 271.

(1) Haubold, *Inst. lit.* §. 42, n. 105.— Hugo *Ist. del dritto rom. dopo Giust.* p. 233.

(2) Hugo, *loc. cit.* p. 238.

(3) Hanno errato quei molti autori, i quali han creduto questa parte essersi al tutto perduta in Italia. V. Bartolo, *In rubr. tit. D. sol. matr.* (dove principia l'*Infortiatum*): « *hoc volumen (Infortiatum) nunquam fuit amissum. Semper enim fuit totum volumen Pandectarum Pisis et adhuc est.* » Soltanto il mezzo ne mancava a Bologna.

(4) Della istoria di questo notevole spartimento delle Pandette, vedi Odofredo, *In Dig. vetus L.* jus civile 6, *de just. et jure*; *in Infortiatum, initio; in Infortiatum. L. 82; ad L. Falc. verb.* tres partes; *in Dig. novum, initio.* — Heynius, *Notat. corp. jur. glossatori*, ne' suoi *Opusc. decad.* vol. 2, p. 315.

(5) Cf. Falck, Encyclop. § 88. — Savigny, t. III, p. 410 e seg.

(6) Il testo del ms. di Firenze non si trova in alcuna edizione, in tutta la sua purezza, neppure in quella di Torelli (§ 101); nondimeno le edizioni di L. Russard (Lione, 1821, in fol.), di Giulio Pacio (Ginevra, 1850, in fol.), di Cha-

2. La *lectio vulgata*, *seu Bononiensis*, formata da' glossatori, i quali la cavarono dal ms. di Firenze e da altri mss. delle Pandette, ed adottata in processo di tempo in tutti gli altri manoscritti (1): o pur finalmente

3. La *lectio mixta*, cioè quella in cui s'è adoperata quando la *lectio florentina*, e quando la *vulgata*. Una molto celebre edizione di quest'ultima sorta è quella nominata *Haloandrina*, la qual Gregorio Aloandro pubblicò a Norimberga il 1529, in 3 volumi in-4°, onde altresì vien detta *lectio Norica*. Egli profittò, non del manoscritto fiorentino proprio, ma della collazione fatta da Poliziano e Bolognini (2).

§. 104. III. *Il Codice.*

Sonovi ancora parecchi manoscritti del Codice (3), ma nessuno non è tanto antico, tanto celebre, nè tanto compiuto, quanto il manoscritto delle Pandette di Firenze. Quando Italia stava sotto il giogo delle popolazioni germaniche, non essendo i manoscritti del Codice destinati ad altro che alla pratica, furono estremamente sfigurati: non solamente ne furono al tutto levati via i tre ultimi libri, perchè tutti di dritto pubblico, e che per tal ragione erano in Italia riguardati come inutili; ma negli stessi nove primi libri, parecchie particolari costituzioni furono omesse (4). Quindi è che ordinariamente l'insegnamento limitavasi a' soli nove primi libri, e che soli questi si trovano stampati nelle antiche edizioni. Più tardi furono i tre ultimi libri riuniti nel *volumen parvum*, separatamente da' primi nove (§. 107).

Tra l'edizioni del Codice, deve distinguersi la *editio Haloandrina* di Gregorio Aloandro, 1530, in fol. Essa racchiude tutt'i dodici libri, come quelle di Le Conte, Parigi, 1562, in fol., di Russard, Anversa, 1575, in fol., e di Charondas, Anversa, 1575, in fol. Nella edizione del *Corpus juris* di Gebauer-Spangenberg, oltre alle lezioni de' quattro ultimi editori, sonosi eziandio seguitate quelle del manoscritto del Codice, di Gottinga.

§. 105. IV. *Le Novelle.*

Da principio le Novelle non hanno punto formato volume, nè fatte erano per formarne uno; ma essendo state ritrovate sparse e poste separatamente nelle edizioni, leggier cosa è comprendere perchè di tutte le parti del *Corpus juris* questa sia la meno uniforme nelle edizioni (5). Queste non possono ridursi a classi: solo si può additare quel che ciascuno editore ha fatto per metterle in ordine (6).

rondas (Anversa, 1575, in fol.), e di Le Conte (Lione, 1571, 1581, in 12), e l'edizione di Gebauer-Spangenberg l'hanno ammesso.

(1) Savigny, t. 2, p. 147; t. 3, p. 424-449. — Cramer, *Tit. Pand. et Cod. de verb. significatione*. Kil. 1811, in praef. p. 13 seg. — Clossius, *Descriptio cod. quorumd. manusc. Dig. vet.* cum praef. Schraderi, Vimar, 1818, in praef. et pag. 271. — Schrader, *Tit. D. de condict. ob turpem causam et de testibus*. Tüb. 1819, in praef. p. 24. — La *lectio vulgata* si trova in tutte l'edizioni precedenti alle *Collazioni* di Poliziano e di Bolognini. Dopo di questi, l'edizioni cominciano ad esser miste.

(2) L'edizioni di Gotlofredo appartengono anch'esse alle miste: lunga pezza sono state tenute per *Editiones vulgatae* mentrechè vi si trova pure seguita la *lectio Florentina*.

(3) V. Eckhardt, *loc. cit.* ed. Walch, p. 155.

(4) Savigny, t. III, p. 449.

(5) De' mss. delle Novelle tuttavia esistenti, v. Eckhardt, *loc. cit.* p. 161.

(6) Quelli che si son fatti notare per la storia letteraria delle Novelle, sono: And. Gugl. Cramer, prima pe' suoi *Analecta lit. ad hist. Novellar. Iustiniani*, Kilon. 1794; poi per due *Beitraege zu Hugo's civ. Magazin* (t. III.) e Fil. Fed. Weiss, per la sua *Hist. Novell. lit.* Mar-

Tra le edizioni delle Novelle, son da notarsi:

1. L'*Editio vulgata*, che racchiude le Novelle conosciute dagli antichi glossatori, come anche i tre ultimi libri del Codice, le Istituzioni, ed i *libri feudorum*; stampata per la prima volta in Roma, *apud sanctum Marcum*, 1478 in fol.

2. La prima edizione greca, arricchita d'una versione latina, per Gregorio Aloandro, Norimberga, 1531; subito dopo comparve a Basilea, 1541, una edizione delle Novelle, la quale tolse per base il testo greco di Aloandro, ma dopo averlo alterato. Nel testo latino la *versio Haloandrina* e la *vulgata* son locate l'una allato dell'altra.

3. Poco dopo questa ultima, venne fuori la prima edizione di Errico Scrimger, in Ginevra, 1558. Questa offriva 25 Novelle, le quali Aloandro non avea messe nella sua, ma in ricambio ne faceva essa desiderar 4, le quali si trovavano in quella di Aloandro. Errico Agileo fece de' supplementi a queste due edizioni, e pubblicolli in Colonia nel 1560, e dipoi in Basilea nel 1561.

4. Più compiuta di tutte le precedenti è l'edizione di Le Conte, in greco ed in latino, la qual fu pubblicata a Lione nel 1559, 1566, 1571, con alcuni cambiamenti all'ordine in cui erano disposte le Novelle, quando con chiose, e quando senza. Una ristampa di quella del 1566, fu fatta a Lione, nel 1581. Il testo latino di Le Conte è stato dipoi adottato per l'edizioni di Gotofredo.

5. Simone Van Leeuwen, nella sua edizione in fol. di Amsterdam 1663, dette pure il testo greco. Questa edizione di Leeuwen fu tolta poi per base della traduzion latina delle Novelle pubblicata da Giovan Fed. Hombergk a Vach; Marburgo 1717, in 4.° Hombergk tradusse tutto il testo greco che egli rinvenne; quanto al rimanente, si valse del latino.

6. L'edizion più nuova e più compiuta è quella che si trova nel *Corpus juris* di Gebauer-Spaungenberg. In questa edizione si ha non solamente tutto il contenuto in quella di Leeuwen, ma altresì la traduzione di Hombergk, coi suoi supplementi e le sue più preziose varianti.

7. Finalmente il Savigny ha pubblicato ancora le Novelle 62 e 104, le quali non erano state peranco stampate infino a lui, e Biener ha pubblicato una disposizione affatto ignorata di Giustiniano: esse sono state tratte da un manoscritto di Vienna. C. I. A. Kriegel ha parimente recata a compimento la Novella 87, mediante un manoscritto veneziano, fiorentino e viennese (1).

§. 106. *Delle appendici del* Corpus juris.

Oltre ai libri di dritto e le raccolte di Giustiniano da noi fin qui mentovate, trovansi pure nel *Corpus juris* diverse giunte provegnenti tanto dai chiosatori quanto dagli editori moderni. Tali aggiunte sono:

1. I tredici editti di Giustiniano, i quali in fondo sono anch'essi Novelle, ed avrebbero maggior dritto d'esser giunti alla raccolta delle Novelle, che parecchie Novelle de' successori di Giustiniano e degli Eparchi.

2. Cinque costituzioni di Giustino il giovane.

3. Cinque costituzioni di Tiberio il giovane, delle quali manca la quarta.

burgo, 1800. Questa scrittura, rimasta disgraziatamente incompiuta, non espone la storia letteraria delle novelle, se non fino ad Aloandro. — Savigny, t. 3, p. 453; t. 4, p. 484. — Biener, *Istoria delle Novelle* (Berlino, 1824) p. 314 e seg. Quest'opera contiene le ricerche più minute e più profonde sulla storia letteraria delle Novelle.

(1) C. I. A. Kriegel, *Symbolæ criticæ ad Novellas Iustiniani*, sive Nov. 87 in integrum restituta e codice veneto, florentino atque Vindobonensi. Lips. 1832.

4. Altre costituzioni di Giustiniano (1), di Giustino e di Tiberio.
5. Le 113 Novelle dell'imperator Leone.
6. Una costituzione di Zenone, *de novis operibus*.
7. Una moltitudine di costituzioni di differenti imperatori, col titolo di *Imperatoriae constitutiones*.
8. *Canones sanctorum et venerandorum Apostolorum*.
9. I *Libri feudorum*, raccolta delle consuetudini de' Lombardi e delle leggi degl'imperatori sopra i dritti feodali durante il 12° secolo. Questa raccolta è tuttora la principal fonte del dritto feudale in Alemagna (2).
10. Alcune costituzioni di Federico secondo, donde son prese principalmente le *Authenticae Fridericianae* del Codice (§. 83).
11. Due ordinanze di Errico VII, dell'anno 1312, nominate *extravagantes*, sul delitto di maestà e sulla ribellione.
12. Il *liber de pace Constantiae*, contenente la pace di Costanza, dall'imperator Federico I° conchiusa in Lombardia con le città collegate.

In parecchie edizioni, per esempio in quella di Simone Van Leeuwen, ritrovansi pure i frammenti delle Dodici Tavole, e quelli delle opere di diversi giureconsulti romani, segnatamente di Ulpiano, di Paolo e di Caio. Nella edizione di Pietro ab Area Baudoza si è anco aggiunta la bolla d'oro di Carlo IV.

§. 107. *Delle edizioni di tutto il* Corpus juris.
1. *Delle edizioni chiosate.*

Le edizioni di tutto il *Corpus juris* si dividono in edizioni *chiosate* e *non chiosate* (3).

Le edizioni chiosate si compongono ordinariamente di cinque volumi, dei quali il primo contiene il *Digestum vetus*, il secondo l'*Infortiatum*, il terzo il *Digestum novum*; il quarto racchiude i nove primi libri del Codice; ed il quinto, intitolato *Volumen legum parvum*, è composto de' tre ultimi libri del Codice, delle Novelle, de' *Libri feudorum*, e delle Instituzioni (4). Le migliori edizioni chiosate sono:

1. Quella pubblicata a Lione *apud fratres Sennetonios* 1549, 1550, in 5 vol. in fol. (5).
2. Quella di Le Conte, pubblicata a Parigi nel 1576, in cinque volumi in fol.
3. Il *Corpus juris civilis glossatum ex recens. Dionys. Gothofredi*, che fu pubblicato a Lione, primieramente nel 1589, in sei vol. in fol., *senza* il comun titolo di *Corpus juris*; dipoi nel 1604 col detto titolo; la quale edizione fu da ultimo corretta ed aumentata nel 1612.
4. La edizion chiosata più recente e migliore, è quella pubblicata a Lione nel 1627, anch'essa in sei vol. in fol., *studio et opera Joannis Fehii* (6).

(1) La più notabile è la *Sanctio Pragmatica*: propetitione Vigilii. — *V.* sopra ciò il § 79, e le corrispondenti note.

(2) C. G. Paetz, *De vera librorum juris feudalis longobardici origine*. Goett. 1805. C. Fed. Dieck, *Istoria letteraria del dritto feudale lombardo*. Halla, 1828. — Ern. Ad. Laspeyres, *Sulla origine e'l più antico lavoro de' libri feudorum*. Berlino.

(3) Delle diverse edizioni del *Corpus juris civilis* e de' titoli particolari, *V.* Sammet, *Hermeneutik*, § 12, e soprattutto Spangenberg, p. 645 e seg.

(4) Ciascuno de' cinque volumi aveva già una legatura di color differente relativo, a quel che pare, al contenuto dei volumi. *V.* Sebast. Brant, *Omnium titulor. juris tam civilis quam canonici expositiones*. Lugd. 1547, p. 6, 7.

(5) Questa edizione è notabile per essersi la prima volta riprodotto il *Brachylogus* (§ 80), del pari che *Iuliani epitome Novellarum*, secondo un buon manoscritto (§ 72).

(6) Comunemente si riguarda come una delle migliori edizioni chiosate quella

§. 108. 2. *Delle edizioni non chiosate.*

Le edizioni non chiosate si suddividono in edizioni accompagnate da note di giureconsulti moderni, ed in edizioni non contenenti altro che il testo.

A. Le migliori edizioni con note sono:

1. Quella di Luigi Russart, intitolata *Jus civile*, pubblicata dapprima a Lione nel 1560, 1561, in due vol. in fol., e poi in Anversa nel 1566 e 1567, e nel 1569 e 70, in 7 vol. in-8° (1).

2. Quella di Ant. Le Conte, venuta fuori in Parigi nel 1562, in 9 vol. in-8.; a Lione, in 15 vol. in-12, nel 1581, con un novello titolo (2).

3. Quella di Charondas, pubblicata in Anversa nel 1575, in due vol. in fol., nella quale l'editore usò con discernimento le note di Russard e di Le Conte.

4. Quella di Giulio Pacio, la qual fu in prima pubblicata a Ginevra nel 1580, in fol., e nello stesso anno in 9 vol. in-8.

5. Le edizioni di Dionigi Gotofredo (3). La prima venne fuori a Lione nel 1583, in-4, e fu ristampata a Francoforte sul Meno, nel 1587 (4). La seconda edizione, corretta (*editio secundae praelectionis*) fu pubblicata a Lione nel 1590, in due vol. in fol. La terza, corretta, fu fatta a Ginevra nel 1602, in 4 vol. in fol.; la quarta a Lione nel 1607, in due vol. in fol.; e la quinta, ch'è la più compiuta, accompagnata da note di Dionigi Gotofredo, usci a Ginevra nel 1624, in fol., per le cure di suo figlio, Jacopo Gotofredo. Questa in processo è stata spesso ristampata, soprattutto per le cure di N. Antonius, a Lione, nel 1652 e 1662.

6. Una delle migliori e più belle edizioni del *Corpus juris*, con note, è quella che Simone Van Leeuwen pubblicò ad Amsterdam nel 1663, in fol. Ella contiene, oltre le note di Gotofredo, gran numero di osservazioni di più altri giureconsulti. Fu primamente ristampata a Francoforte sul Meno nel 1663, e dipoi in Lipsia, in due vol. in-4, negli anni 1705, 1720 e 1740 (5).

B. Tra l'edizioni senza note, sono da ragguardarsi:

1. La ristampa della edizion del *Corpus Juris* di Aloandro, in Basilea, presso Hervage, 1541, due vol. in fol.; Tommaso Guarino ha pubblicato nel 1570 una ristampa di quest'ultima edizione, in tre vol. in fol.

2. Quella di Amsterdam, di Elzeviro, del 1664, col famoso error di stampa: *Pars secundus*: 1681, 1687; e la più corretta, del 1700, in 8. di Pietro Baudoza *ab Area Baudoza*), Lugduni (alcuni esemplari: Genevæ), 1593; talvolta pure con un novello titolo, del 1600, 4 vol. in 4°, ma questa è cattiva.—Hugo, Ist. del dritto rom. dopo Giustiniano, 3. ediz. p. 316.

(1) Russart ha nella sua edizione racchiuso nel segno ‖ ‖ parecchi passi, per mostrare com'essi non si trovino in tutti i manoscritti. Di questi segni, come pur di quelli di Torelli e Gotofredo, vedi Fil. Fed. Weis, *De' segni che si trovano nell'edizioni delle Pandette, e segnatamente in quella di Russart*. Marburgo, 1793.

(2) Le Conte, in questa edizione non ha riveduto altro che le Instituzioni ed il Codice.

(3) Cattiva n'è la scelta del testo, e le note contengono molte ripetizioni inutili, delle obiezioni senza risoluzione (*immo*), soprattutto de' passi che sembrano essere in contraddizione. *V.* Ge. Ad. Struvius, *Godofredi immo*. Francf. ad M. 1695. Nientedimeno, le edizioni di Gotofredo sono utilissime pe' rimandi alle fonti ed alle Basiliche, e gli estratti de' migliori giureconsulti. Hannovi pure edizioni *senza* note di Gotofredo, ma son cattive.

(4) La ristampa di Francoforte, del 1663, in 4° grande, è veramente assai vantata, ma è molto cattiva.

(5) Della edizion del 1720, *v*, Wieling, *Jurispr. rest.* P. 2, p. 210. La ristampa del 1740 è buona.

3. Il *Corpus juris academicum*, di Friesleben, pubblicato in prima ad Altenburgo, 1721, in grande 8°; dipoi a Basilea (*Coloniae Munatianae*) 1734, in 4; e dopo, spessissimo in detti due luoghi. Le edizioni di Altenburgo non contengono che il solo testo; quelle di Basilea offrono altresì delle concordanze, appiè del testo.

4. L'edizion del *Corpus juris* cominciata da Gebauer, e terminata dopo la costui morte da Ge. Aug. Spangenberg; della quale il primo volume uscì a Gottinga nel 1776, e il secondo nel 1797, in 4° grande. Essa contiene varianti e critiche, ma non è ricca di alcuna osservazione spiegativa. Non solamente Schrader ha benissimo mostrato quel che fosse da fare per una edizion critica ed arricchita di note spiegative (1); ma noi abbiamo di certo ch' egli, Clossio, Tafel e Maier cen procureranno una (2): il primo volume, contenente le Instituzioni, è già uscito (3). Intanto, all' infuori di questa grande opera di Schrader, parecchie edizioni più piccole del *Corpus juris civilis* si pubblicano a Lipsia, e non altro contengono che il testo e le più importanti tra le varianti: noi citerem tra le altre quella J. L. W. Beck (4) e quella de' fratelli A. e C. Kriegel (5). Quest'ultima edizione si distingue per ciò, ch'ella rimanda nelle sue Instituzioni a Cujacio, ad Ulpiano e alle Basiliche; nelle Pandette, alle tre masse di frammenti ed all'ordine loro (§. 63), parimente che alle *Partes digestorum*; finalmente alle Basiliche e loro scolii.

§. 109. *Delle edizioni riordinate e delle Crestomazie.*

Oltre alle edizioni testè discorse, havvene ancor delle altre, chiamate *edizioni riordinate;* e son quelle in cui gli editori han disposto il testo dei frammenti e delle costituzioni, legando insieme e riunendo le parti aventi relazione tra sè, e che per innanzi erano sparte. Di questo numero sono:

Eusebii Begeri *Corpus juris civilis reconcinnatum*, *in tres partes distributum*, cum praef. L. B. de Senkenberg. Francof. et Lips. 1767 e 1768, in tre volumi. Rob. Jos. Pothier, Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Parigi, 1748-52; dipoi Lione 1782, in tre vol. in fol. e Parigi 1818-21.

Sonovi delle Crestomazie, col qual nome si dinota una scelta de' migliori passi delle diverse fonti del romano dritto, di Domat (6), Seidensticker (7),

(1) Clossius, *Descriptio codicum manuscriptorum Digesti veteris etc.* cum præf. Schraderi. Vimariæ, 1818.—Schrader, *Titt. Dig. de condict. ob turpem causam et de testibus.* Tubing. 1819, in præf.

(2) *Prodromus corporis juris civilis a Schradero, Clossio, Tafelio, edendi. Inest totius operis conspectus, subsidiorum ad Institutionum criticam recensionem spectantium enumeratio. Berol.* 1823.

(3) *Corpus juris civilis.* Ad fidem codicum mss. aliorumque subsidiorum criticorum recensuit, comentario perpetuo instruxit Eduardus Schrader. In operis societatem accesserunt T. L. F. Tafel, G. F. Clossius, post hujus discessum C. I. C. Maier, t. 1. Institutionum libri IV. Berol. ap. G. Reimerum, 1832.

(4) *Corpus juris Civilis*, recognovit et brevi annotatione instructum edid. I. L. G. Beck. Lips. 1825, 1826, 1831. Le Novelle sono state pubblicate nel 1817.

(5) *Corpus juris civilis*, recognoverunt, brevibusque adnotat. criticis instructum ediderunt C. I. Albertus et C. Mauritius fratres Kriegelici. Ed. stereotypa. Lips. sumpt. Baumgærtneri, 1828.

(6) Domat, *Delectus legum Digestorum et Codicis ad usum scholæ et fori*. Parigi, 1700.; Amstelod. 1703. — Domat, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*. Parigi, 1713, 1723, 1745, 1756, 1767, 1777.

(7) Seidenstiker, *Corpus juris civilis in Chrestomatiam contractum*. Goett. 1798.

Hugo (1), Cropp (2), Savigny (3), Haubold (4), Pernice (5), Furstenthal (6), Hermann (7), et Blondeau (8).

SEZIONE VI.

DE' DIFFERENTI METODI D'INSEGNAMENTO E DELLA BIBLIOGRAFIA DEL DRITTO ROMANO.

§. 110. *De' metodi in generale.*

I lavori scientifici relativi a qualunque dritto positivo, e per conseguente altresì al dritto romano, posano

1. Sulla *esegesi*, ossia la spiegazion delle fonti medesime del dritto, le quali sono a noi pervenute, secondo le regole della critica e della interpetrazione.

2. Sul *metodo dommatico*, ovvero la sposizion sistematica e lo sviluppamento de' principj tratti dalle fonti del dritto in vigore.

3. Finalmente, sull'*istoria del dritto*, ovveramente la indicazion delle fonti del dritto, ed in particolar modo della origine e della formazion progressiva di ciascheduna parte del dritto (§. 18).

Ciascun di questi tre metodi di trattare il dritto positivo ha il suo merito particolare e la sua utilità, e nessuno non può interamente far senza dell'altro. L'esegesi delle fonti forma il primo e più importante fondamento dello studio di ogni dritto positivo; il metodo dommatico c' insegna a conoscere il dritto effettivamente in vigore in tutta la sua estensione e nella sua pratica applicazione; la storia del dritto ci mostra i motivi storici e politici del dritto vigente, e con ciò ce ne fa vedere anco lo spirito ed il verace senso. Debbono adunque l'esegesi, la parte dommatica e la storia del dritto esser sempre collegate; ma secondo il particolare scopo che altri propongasi ne' libri o nello insegnamento a voce di un dritto positivo, si può quando l'una e quando l'altra risguardar come parte principale, e a tal risguardo solamente la distinzione che ordinariamente si fa tra gli scritti e lo insegnamento esegetici, dommatici ed istorici, è di qualche momento (9).

(1) Hugo, *Saggio di una crestomazia pel dritto romano moderno*, 1802, in 8.° componente il 7° vol. del suo *Corso di dritto civile*; dipoi, nel 1807, il 5° volume. La terza edizione è stata fatta nel 1820.

(2) Cropp, *Loca juris romani selecta*. Heidelberg, 1815, in 8°.

(3) Senza titolo particolare.

(4) Haubold, *Doctrinae Pandectarum lineamenta cum locis classicis juris imprimis Justinianei etc.* Lipsiæ, 1820.

(5) L. Pernice, *Compendio dell'istoria delle antichità e delle Instituzioni del dritto romano*; 3. ediz, Halla, 1824.

(6) G. A. L. Furstenthal, *Corpus juris civilis, canonici, germanici, reconcinnatum*, 2. vol. Berlino, 1828, 1829. — Idem, *Corpus juris academicum* systematice redactum, t. I, Berlino, 1829.

(7) L. Hermann, *Collezione de' passi citati nel Manuale di dritto romano di Mackeldey*, 2 parti. Giessen, 1832.

(8) H. Blondeau, *Crestomazia, ovvero Scelta di testi per un corso elementare di dritto privato de' romani*, preceduto da una *Introduzione allo studio del dritto*, 1. e 2. dispensa. Parigi, 1830; 3. e 4. disp. 1833.

(9) Su' diversi metodi d' insegnare il dritto romano, *v.* Haubold, *Inst. jur. rom*, ed. Otto, § 22-24, come pur le opere citate più sopra, § 18, note.

§. 111. *Del metodo de' chiosatori.*

I glossatori preferivano, così ne' loro scritti che nel loro insegnamento del romano dritto, il metodo esegetico. Essi toglievan per base il testo dei libri di dritto di Giustiniano e li spiegavano a titolo a titolo, o per via di sommari (*summae*), oppur facendo delle osservazioni sopra passi staccati (*glossae*), le quali stendendosi in comento sopra tutto un titolo, prendevano altresì il nome di *apparatus* (1). Siffatto metodo fu ancor lungo tempo seguitato, così in Italia e Francia, come in Alemagna, quando il romano dritto vi si fu introdotto e fu insegnato nelle università di fresco fondate.

§. 112. *De' nuovi metodi.*

Ma conciosiachè in processo si facessero altresì de' corsi particolari sopra diversi altri rami della scienza del dritto, non fu possibile di dare al dritto romano ed alla esegesi lo stesso tempo che per innanzi, e fu giuocoforza badare a limitarne le lezioni. A tale effetto, si cominciò nel XVI e XVII secolo a scriver de' libri, primamente sulle Pandette, e dipoi altresì sulle Istituzioni, e ad aprir così la via al metodo dommatico. In tutti i libri destinati allo insegnamento del dritto romano, seguitavasi da principio l'ordine de' titoli delle Instituzioni e delle Pandette (*secundum ordinem Institutionum et Digestorum*), e questo fu il metodo secondo il quale lungamente insegnossi nelle università tedesche (5). Per contrario, nelle nuove opere sulle Istituzioni e le Pandette, seguesi generalmente oggidì un ordine sistematico, salvochè siffatti libri si differenziano spesso tra loro tanto pel contenuto che per la forma. La storia del romano dritto talor si congiunge alle Instituzioni, e tal altra è insegnata in un corso particolare.

§. 113. *Dello inconveniente di straccurare i corsi esegetici.*

Il metodo istorico-dommatico è a' nostri dì il più in grazia, e negar non puossi ch'egli non sia il più acconcio allo insegnamento del dritto romano: nonpertanto spiacevol cosa è che le lezioni esegetiche sulle fonti del romano dritto si facciano sempre più rare, per esser dalla più parte degli studianti risguardate come inutili e di soperchio. A tal sorprendente trascuranza dell'ermeneutica e del metodo esegetico, debbesi attribuir quella indifferenza sempre crescente per lo studio delle fonti del dritto; trista conseguenza, ma pur naturale: e giova desiderare che si faccia ben presto rivivere l'usanza di dare de' corsi esegetici, almeno sul testo delle Instituzioni, e su' migliori passi delle altre parti del *Corpus juris*, siccome pur sopra Ulpiano, Caio ed i *Vaticana fragmenta*. Non possono infatti vedersi corsi più propri, massime quando vi si giunga l'*ermeneutica*, a introdurre il principiante nello studio delle fonti del dritto, e fargli fare di sensibili progressi. Lo studio delle fonti è il solo nella nostra scienza, siccome nelle altre, che possa veramente informare il nostro spirito, premunirci contro il difetto ridicolo di giurare *in verba magistri*, e metterci in istato di camminar di piè fermo, e di esser continuamente la propria guida di noi stessi.

§. 114. *Bibliografia scelta del dritto romano.*

Noi abbiam mentovato nel processo di questa *Introduzione*, e segnata-

(1) V. Spangenberg, *Einleitung*, p. 497, 523; t. IV e V. 255.—Savigny, *Gesch. des RR.* t. III, p.

mente nel capitolo V, le fonti del romano dritto a noi pervenute. Non ci resta ormai; se non mentovare i migliori scritti antichi e moderni, sopra questo dritto pubblicati.

I. OPERE BIBLIOGRAFICHE.

Martinus Lipenius, *Bibliotheca realis juridica*. Francof. 1672, fol. post Frid. Glieb. Struvii et Gottlob. Aug. Jenichii curas multis accessionibus aucta. Tom. I, e II. Lips. 1757, fol. Gl' infrascritti hannovi aggiunto de' supplementi: 1° Frid. Aug. Schott, ibid. 1775, fol. — 2° Ren. Car. de Senckenberg, ibid. 1789, fol.—3° Lud. Gottfr. Madihn, Vratislav. 1817—1820, fol.

Burc. Gotth. Struvius, *Bibliotheca juris selecta*. Jenae, 1703. Ed. 8ª cura Chr. Gottl. Buderi, Jenae 1758, 8°.

Camus, *Biblioteca scelta de' libri di dritto*, preceduta dalle *Lettere sulla professione di avvocato*. Parigi, 1772, 1775; 4ª ed. per Dupin. Parigi, 1818, in 8°.

C. Chr. Westphal, *Indicazion sistematica per conoscere le migliori opere di giurisprudenza*, 3ª ediz. Lipsia, 1791.

Heinr. J. Otto Koenig, *Manuale della letteratura universale del dritto*, 2ª parte, Halla, 1785, in 8°.

J. S. Ersch, *Letteratura della giurisprudenza e della politica*, novella ediz. per J. Ch. Koppe. Lipsia, 1823, in 8°.

F. W. Ulmenstein (barone di), *Biblioteca del dritto civile*, 3 vol. Berlino, 1819, 1821, 1823.

Vedi pure: Hugo, *Istoria del dritto romano dopo Giustiniano*. 3ª ed. p. 58, 59.

II. OPERE LESSICOGRAFICHE.

Barn. Brissonius, *De verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione*. Lud. 1559, fol. Pubblicata dipoi parecchie volte, e da ultimo: cura J. Gottl. Heineccii et cum praef. Justi Henn. Boehmeri Halae. Magdeb. 1743. fol.

Jo. Wunderlich, *Addimentorum ad B. Brissonii opus de verborum significatione volumen*. Hambueg, 1778, fol.

Andr. Guil. Cramer, *Supplementi ad B. Brissonii opus de verborum significatione*, spec. I, Kiliae, 1813.

R. Phil. Vicat, *Vocabularium juris utriusque*. Lausannae, 1759, 3. vol.— Neapoli, 1760, 4 vol.

Di Brissonio e suoi comentatori venuti dopo, v. H. E. Dirksen, nel *Rhein. Museum für Jurisprudenz*. 2° anno, p. 82, e il suo *System der juristischen Lexicographie*. Lips. 1834, p. 30 e seg.

H. E. Dirksen, *Spec. thesauri latinitatis fontium juris civilis Romanorum*. Lips. 1834.

Il medesimo, *Manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum*, *thesauri latinitatis epitome*. Berol. 1837 — 1839.

III. OPERE ERMENEUTICHE.

Val. Guil. Forster, *Interpres, s. de interpretatione juris*. Viteb. 1613; Altenb. 1710; et in Ever. Ottonis *Thes. jur. rom.* t. 2, p. 945 — 1068.

F. Rapolla, *De Jcto, sive de ratione discendi interpretandique juris civilis*. Neapoli, 1726; ed. 2ª, ibid. 1776.

Chr. Henr. Eckhart, *Hermeneutica juris*. Lips. 1750, 2ª ed. cum notis Car. Frid. Walchii, 1779; ed. 3ª, 1802.

Henr. Ge. Wittich, *Principia et subsidia hermeneuticae juris*. Goett. 1799.
J. Gottfr. Sammet, *Ermeneutica del dritto* pubblicata da Fed. G. Born, Lipsia 1801.
A. F. J. Thibaut. *Teoria della sposizione logica del dritto romano*. Altona, 1799; 2ª ediz. 1806.
Walth. Fred. Clossius, *Ermeneutica del dritto romano*, e *Introduzione al corpo di dritto civile*, *accompagnata da una Crestomazia di fonti*. Riga e Dorpat, 1829.

IV. OPERE ESEGETICHE.

A. *Su tutto il* Corpus juris.

A questa categoria appartengono la *Glossa Accursiana*, le note de' giureconsulti posteriori, soprattutto quelle di Dionigi Gottofredo sul *Corpus juris*, come pur le opere di Cuiacio, contenenti le osservazioni esegetiche più preziose sopra quasi tutti i passi più difficili del *Corpus juris*. Le più compiute edizioni degli scritti di Cuiacio sono le seguenti:

Jac. Cujacius, *Opera omnia*, cura Annibalis Fabroti. Parisiis, 1658, 10 vol.

Jac. Cujacius, *Opera omnia*, studio et diligentia Liborii Ranii, Neapoli, 1722 — 1727, 2 vol. fol.; ed. 2,ª cura Dominici Albanensis. Ibid. 1757 e 1758.

Jac. Cujacius, *Opera omnia*, Venet. et Mutin. 1758 — 1783, 2. vol. fol. (Questa edizione non altro è, ch' una ristampa di quella di Napoli, ma ne differisce per la numerazion delle pagine).

La seguente opera è indispensabile per l' uso degli scritti di Cujacio:

Dominicus Albanensis, *Promptuarium universorum operum Jac. Cujacii*, 2. vol. fol. Essa contiene le più esatte indicazioni delle spiegazioni di Cuiacio sopra de' passi staccati delle fonti di Giustiniano ed altri. L' edizione originale di quest' opera comparve in Napoli nel 1763, e non si rapporta se non alle due edizioni napoletane delle *Opera omnia*. Una ristampa del *Prontuario* fu dipoi fatta a Modena nel 1795, e coordinata per la edizion delle *Opera omnia* di Venezia e di Modena.

B. *Sulle diverse parti del* Corpus juris.

1. *Instituzioni.*

Fr. Balduinus, *Commentarius ad Instituta*, Paris. 1546, fol. — Ibid. 1554, fol. — Francof. ad Moen. 1582, fol.

Jac. Cujacius, *Notae priores et posteriores in Inst.* Colon. Agripp. 1592, et in *Opp.* ed. Ranii, t. 1, p. 1.

Franc. Hotomanus, *Commentarius ad Institutiones*. Basil. 1560, fol. — Ibid. 1659. — Lugd. 1588, et in *Opp.* t. 2, p. 1.

Janus a Costa, *Commentarius*. Paris. 1659, cum Theod. Marcilii et M. A. Mureti commentariis, cura J. Van de Water. Traj. ad Rhen. 1714, Lugd. — Bat. 1719 e 1744.

Herrm. Vultejus, *Commentarius*. Marburgo, 1598. — Ibid. 1600, 1613.

Paul. Voetius, *Commentarius in IV libros Institutionum*. 2 Partes. Ultrajecti, 1668.

Edm. Merillius, *Commentarius in IV libros Institutionum*, opera et studio Claudii Mongin. Paris. 1654.

Arnoldus Vinnius, *Commentarius*. Amstel. 1642. Quest' opera è stata spesso ristampata; ultimamente: cura et cum notis Jo. Glieb. Heineccii. Lugd.— Bat. 1726. — Ibid. 1767.

Joachim. Hoppius, *Commentatio succincta ad Institutiones*. Francof. 1673.— Ibid. 1646.

Ever. Otto, *Commentarius et notae criticae ad Institutiones*. Traj. ad Rhen. 1729, cum praef. Chr. Fred. Harprechtii. Francof. et Lips. 1743, studio Joh. Iselini. Basil. 1760.

Imperatoris Justiniani Institutionum libri IV; commentario perpetuo instruxit Ed. Schrader, Berol. 1832.

2. *Pandette.*

Odofredus, *Comment. in Dig.* Venet. 1480, fol. — Lugd. 1550, fol.

Guil. Budaeus, *Annotationes in XXIV Pandectarum libros*. Parigi, 1508, fol. Lugd. 1567.

Andr. Alciatus, *Comm. in varios titulos Digestorum;* in *Opp.* Lugd. 1560, t. 1, 2.

Eguin. Baro, *Commentat. ad τα πρῶτα Digestorum*. Parisiis, 1548, fol. et in *Opp.* t. 1, et *Ad varios titulos Digestor.* ibid. t, 2, p. 49.

Franc. Duarenus, *Commentarii in varios Digestorum libros et titulos;* in *Opp.* ed. Francof. 1598, fol. p. 1 — 1026.

Jac. Cujacius, *Comment. in quosdam Pandectarum titulos;* in *Opp.* ed. Ranii, t. 1, p. 893. *Recitationes solemnes in Digesta;* in *Opp.* t. 7, 8. *Notae in Digesta;* in *Opp.* t. 10, p. 382, *Recitationes solemnes ad nonnullos titulos Dig.;* in *Opp.* t. 10, p. 1046.

Aug. Donellus, *Comment. in quosdam tit. Digestorum*. Antw. 1582, fol.; in Opp. t. 10, 11.

Franc. Hotomannus. *Scholae in LXX tit. Dig. et Cod.* In *Opp.* t. 2, p. 1.

Hub. Giphanius, *Lecturae Altorphinae in varios titulos Dig. et Cod.* Francof. 1605.

Ant. Faber, *Rationalia in Pandectas* (ad libr. I — XIX). Tom. I, Genevae, 1604; Ibid. 1619; tom. 2—5, ibid. 1619—1626, fol. Tom. I—V, Lugd. 1659 — 1663, fol.

Idem, *Conjecturae juris civilis*. Lugd. 1591—97 fol. Ed. noviss. Lugd.—Bat. 1718.

Jo. Brunnemann, *Comment. ad Pand.* Francof. ad Viadr. 1670, fol. cura Sam. Strykii, Viteberg. 1731, fol.

Ant. Mornacius, *observ. in L libros Digest.* Tom. 1 e 2. Parigi, 1654—1660, fol. In *opp.* t. 1-4, ibid. 1721, fol.

Janus a Costa, *Praelectiones ad illustriores quosdam titulos locaque selecta juris civilis;* edidit et notis illustravit B. Voorda. Lugd.-Bat. 1773.

Ant. Dadinus Alteserra, *Recitationes quotidianae in Claudii Tryphonini libros XXI disputationum et varias partes Dig. et Cod.* 2. tom. Tolos. 1679-84.

3. *Codice.*

Odofredus, *Lectura s. XII libr. Codicis*, Lugd. 1550, fol.

Azo, Lecturae s. Commeut. ad sing. leges XII lib. Cod. Just. Paris. 1577, fol.

Andr. Alciatus, *Adnotat. in tres posteriores libros Codicis; Commentar. in varios tit. Codicis;* in *Opp.* t. 1, 4, 5. Lugd. 1560.

Jo. Sichardus, *Praelectiones in Codicem*. Tom. 1, 2. Basil. 1565, fol. Francof. ad M. 1586; ibid. 1614, fol.

Jac. Cujacius, *Commen. in tres postremos libros Codicis;* in *Opp.* t. IX. Notae in Cod.; in *Opp.* t. X, p. 605-744. *Recitat. solemnes in libros IV priores* Cod.; in *Opp.* t. X, p. 813 seg.

Franc. Hotomanus, *Scholae in LXX tit. Dig. et Cod.*; in Opp. t. 2, 261.

Hug. Donellus, *Comm. absolut. in II, III, IV, VI et VIII libr. Cod.* Francofor. 1599, fol.; ibid. 1620, et in opp. t. VII-IX.
Hub. Giphanius, *Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis.* Col. Plancianae, 1614. Basil. 1615, Francof. 1631.
Ant. Mornacius, *Observ. in libr. Cod. I, III, IV.* Paris. 1620; et in *Opp.* tom. I-IV.
Perez, *Praelectiones in Codicem.* Col. Agripp. 1661, 2 tom. spesso ristampati.
Jo. Brunnemann, *Comment. in XII libr. Cod.* Lips. 1679; ibid. 1699, fol.
Petr. et Franc. Pithaeus, *Comment. ad Cod. Just.* cura Franc. Desmarès. Parigi, 1589, fol.
Jo. Jac. Wissenbachius, *Comment. in libr. IV prior. Cod.* Franeq. 1660. *In libr. V, VI, et VII;* ibid. 1664; ed. novi. ibid. 1701.
Cyprianus Regnerus ab Oosterga, *Comm. in omnes et singulas leges, quae continentur in Codice.* Traj. ad Rhen. 1666.
Ant. Dadinus Alteserra, *Recitationes quotidianae in varias partes Dig. et Cod.* T. 1, 2. Tolos. 1679-84.

4. *Novelle.*

Franc. Balduinus, *Breves comment. in praec. Just. Novellas sive Auth. Constit.* Lugd. 1548.
Jac. Cujacius, *Expositio novell. const. Iust.*; in *Opp.* ed. Ranii, t. 2, p. 1017 seg.
Joac. Stephanus, *Expositiones novellar. constit.* Francof. 1608.
Conr. Ritterhusius, *Jus Justinianeum, h. e. Novellarum Justiniani expositio methodica.* Argent. 1615; ibid. 1629; ibid. 1669.
C. F. Hommelius, *Corpus juris civilis*, cum notis varior. Lips. 1768.
Ant. Schulting, *Notae ad Dig.* cum animadvers. Nic. Smallenburgii. T. I-VI, t. VII. P. 1. Lugd.-Bat. 1804-1832.
Queste due ultime opere sono di grandissima utilità per cercar la spiegazione di taluni passi sparpagliati nelle opere esegetiche.

V. ISTORIA ED ANTICHITA'.

A. *Sulla Costituzione e Governo dello Stato romano.*

Paulus Manutius, *Antiquitates romanae.* I suoi trattati particolari: *de legibus, de senatu, de comitiis Romanorum*, e *de civitate romana*, si trovano in Jo. Ge. Graevius, Thesaur. antiq. roman. t. 1, 2.
Onuphrius Panvinius, *Reipublicae romanae commentariorum libri III.* Venet. 1558, e dipoi accresciuti, Parigi 1508. I suoi parziali trattati ritrovansi egualmente iu Grevio, *Thes.* t. 1, 3.
Franc. Hotomanus, *Antiquitatum rom. libri V.* In opp. t. 3°, p. 191-764. Graevius, *Thes.* t. 2.°
Car. Sigonius, *De antiquo jure populi romani libri XI.* La migliore edizione di quest' opera ancora oggi reputatissima, si trova nell'*opera* dello autore, Mediolani, 1736, t. 3.°
Emman. Duni, *Origine e progressi del cittadino e del governo civile di Roma.* 2 tom. Roma, 1763-64. Recato dall' Italiano in tedesco da W. Eisendecher, col titolo: *Enstehung, Entwickklung und Austildung des Bürgerrechts im alten Rom.* Amburgo, 1829.
L. de Beaufort, *La repubblica romana*, ovvero disegno generale dell' antico governo di Roma. 2 tomi; all'Aia, 1766; in Parigi, 1767, 6 vol.; all'Aia, 1775.

Bart. Gl. Niebhur, *Istoria romana*. 2 parti, Berlino 1811, 1812. La prima parte ebbesi nel 1827 una seconda edizione, e nel 1828 una terza; la 2ª parte ebbe nel 1830 una 2ª edizione. Le traduzioni dell'opera di Niebhur sono: *The history of Rome*, by B. G. Niebuhr: translated by Jul. Char. Hare and Cannop Thlrewall. vol. 1° Cambridge, 1828. (Vedi *Edinburgh Review*. July, 1830, p. 358.) — B. G. Niebuhr, *Histoire romaine*: tradotta dal tedesco sulla 3. ediz. da B. A. de Golbery, 1. disp. 2 vol. Parigi, 1829, e ristampata a Brusselles, 1830. — La 3. parte dell'opera è venuta fuori in Berlino nel 1832, dopo la morte dell'autore, con una prefazione di J. Classen.

Chr. Ferd. Schulze, *Delle assemblee del popolo appo i Romani*. Gotha, 1815.

Th. Max. Zachariae, *Saggio di una storia del dritto romano*. Lips. 1814.

C. Dietrich Hüllmann, *Il dritto pubblico dell'antichità*. Colonia 1820. Egli ha pure scritto un'opera sulla costituzion romana, *Roemische Grundverfassung*. Bonn. 1832.

C. A. Gründler, *Manuale della storia del dritto romano*. Il primo volume contien la storia dello Stato romano, la sua costituzione ed il suo dritto pubblico. Bamberg. 1821. Il secondo volume tratterà della storia esterna del dritto.

J. Hopfensack, *Dritto pubblico de' sudditi Romani*. Dusseldorf, 1829.

Bischoff, *Istoria generale de' Romani riguardata dal lato del loro dirillo, della storia del loro diritto, e delle antichità*. T. 1. Lipsia, 1825.

Ch. L. Fr. Schultz, *Grundlegung zu einer geschichtlichen Staatswissenschaft der Roemer*. Colonia, 1833.

B. *Istoria del dritto romano*.
1. *Istoria esterna*.

Aymarus Rivallius, *Historiae juris civilis libri V*. Mogant. 1527, spesso ristampato.

Jac. Gotofredus, *Manuale juris*. Quest'opera contiene tra le altre cose una breve istoria del dritto romano. Le migliori edizioni sono: Lugd.-Bat. 1684. Ginevra, 1710, Parigi, 1806.

Ge. Schubart, *De fatis jurisprudentiae romanae*. Jenae, 1696: rimesso a stampa da C. G. Tilling in Lipsia, nel 1797.

Ch. Gottfr. Hoffmann, *Historia juris romani*. Tom. 1., Lipsia, 1718, 1734; tom. 2° Lips. 1726.

Jo. Sal. Brunquell, *Historia juris romano-germanici*. Jenae, 1727. Amstelodami et Lugd. — Bat. 1751.

Ant. Terrasson, *Istoria della giurisprudenza romana*, Parigi, 1750, fol.

Rud. Fr. Telgman, *Istoria del dritto romano*. Salzrwedel, 1730. Aumentata e corretta, Gottl. 1736. Pubblicata l'ultima volta da H. Scheidemantel, Lipsia, 1780.

Jo. Gottl. Heineccius, *Historia juris civilis romani et germanici*. Halae, 1733. Lugd.-Bat. 1740. Con note di J. Ritter, ibid. 1748; oltre a queste, con quelle di J. Silberrad, Argentor. 1751 e 1765.

J. Aug. Bach, *Historia jurisprudentiae romanae*. Lips. 1754. Con osservazioni di Aug. Corn. Stockmann, 6. ediz. Lips. 1806.

Chr. Gottl. Haubold, *Historia juris romani*, tabulis synopticis secundum Bachium illustrata. Lips. 1790. Il signor Jourdan pubblicò nel 1823 a Parigi una novella edizion di quest'opera con cambiamenti ed aggiunte.

Theod. Max. Zachariae, *Saggio di una storia del dritto romano*, Lips. 1814.

Chr. Dabelow, *Saggio di una storia della politica e del dritto romano*. Halla, 1818.

Berriat-St.-Prix, *Istoria del dritto romano*, Parigi, 1821.

Wencesl. Alex. Macieiowski, *Historia juris romani*. Ed. 2. Varsaviae, 1825.
Warnkoenig, *Istoria esterna del dritto romano*, ad uso degli studiosi di dritto. Brusselles, Tarlier, 1836. L'autore vi aggiunge in fine le tavole sinottiche di Haubold.

2. *Istoria interna ed Antichità.*

Jos. Gottl. Heineccius, *Antiquitatum romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma, secundum ordinem Institutionum digestum*. Halae, 1719; spesso ivi ristampato; dipoi in Lovanio e in Franecker nel 1777, per Herm. Cannegieter; e da ultimo per Chr. Gottl. Haubold, in Francoforte sul Meno, 1822.

Jo. Henr. Ch. de Selchow, *Elementa antiquitatum juris romani publici et privati*. Goett. 1757. Accresciuti poi, col titolo di *Elementa juris romani antejustinianei*. Goett. 1778.

Le opere seguenti possono eziandio servir come *ausiliarie* allo studio delle antichità del dritto romano:

Sam. Pitiscus, *Lexicon antiquitatum romanarum*. 3. tom. Hagae Comit. 1737.

Ge. Henr. Nieupoort, *Rituum qui olim apud Romanos obtinuerunt succincta explicatio*. Traj. ad Rhenum, 1712. Lugd.-Bat. 1802. Hassene una traduzion francese, intitolata: *Spiegazione ristretta delle costumanze e cerimonie osservate appo i Romani*, per Desfontaines, Parigi, 1750. *V.* pure: C. G. Schwartz, *Observationes ad Nieuporti compendium antiquitatum rom.* cum praef. A. M. Nagel. Altorf., 1757.

G. C. Maternus de Cilano, *Trattato compiuto delle antichità romane*, pubblicato da C. C. Adler. 4 vol. Altona, 1775, 1776.

Adam, *Le antichità romane*. (Quest'opera è dettata in inglese). Una traduzion francese n'è stata fatta nel 1818 e 1828, ed una tedesca, da Mayer. *Manuale delle antichità romane*. Erlangen., 1797. Novella edizione, 1806.

Ge. Gust. Koepke, *Antiquitates romanae in XII tabulas descriptae*. Berol. 1808.

G. D. Fuss, *Antiquitates romanae*. Leodii, 1820. Una nuova edizione assai migliorata è stata fatta nel 1828.

Creuzer, *Ristretto delle antichità romane*. Lipsia e Darmstadt, 1824; 2. ediz. 1830.

Von Tigerstroem, *Die innere geschichte des roemischen Rechts*. Berlino, 1838.

3. *Istoria esterna ed interna del dritto.*

J. Vinc. Gravina. *Originum juris civilis libri III*. Il primo libro uscì primieramente in Napoli nel 1701, e in Lipsia nel 1704. L'opera compiuta fu in prima pubblicata a Lipsia nel 1708. Accresciuta poi, e accompagnata da una dissertazione *De romano imperio*: Neap. 1713. Fu spesso ristampata, ed ultimamente da Gottfr. Mascow. Lipsia 1737, e da Giov. Ant. Sergio, Napoli, 1756, 1758.

J. Fed. Reitemeier, *Enciclopedia e storia de' dritti in Alemagna* Gott. 1785.

Ed. Gibbon, *History of the decline etc.* Cap. 44.

Gust. Hugo, *Manuale della storia del dritto romano infino a Giustiniano*. Berlino, nel 1790, 1799, 1806, 1810, 1815, 1818, 1820, 1822, 1824, 1826, e finalmente nel 1832. Una traduzion francese di quest'opera è stata pubblicata col titolo di: *Storia del dritto romano di Gust. Hugo*; tradotta dal tedesco sulla 7. edizione da Jourdan D. M. P. (cioè, *doctor medicinae parisiensis*), riveduta da F. Poncelet, dottore in dritto, professor supplente

alla cattedra di storia del dritto nella Facoltà di Parigi. (*V.* su questa traduzione Hugo nel *Giornale scientifico di Gottinga*, 1822, n. 78). Il principio di una traduzion latina è stato pubblicato in Amsterdam, presso den Hengst, riveduta e annotata da L. A. Warnkoenig. *V.* sopra ciò, *Thémis*, tom. VII.

Fed. A. Schilling, *Osservazioni sulla storia del dritto romano.* Questa opera è una critica di quella di Hugo. Lipsia 1829.

Gottl. Hufeland, *Manuale della storia ed Enciclopedia di tutti i dritti positivi vigenti in Germania.* La prima parte contiene l'introduzione e la storia del dritto romano. Jena, 1796. (Non compiuto).

Chr. Aug. Gunther, *Historia juris romani.* Helmstad. 1798.

Albr. Hummel, *Manuale della storia del dritto.* 3 vol. Giessen. 1805, 1806.

Dupin, *Compendio istorico del dritto romano da Romolo in poi.* Parigi, 1821.

Albr. Schweppe, *Istoria ed antichità romane*, poste in rapporto con Caio, 1ª ediz. Gott. 1822; 2ª ed. 1826; 3ª ed. 1832.

Sigm. Guil. Zimmer, *Istoria del dritto civile romano infino a Giustiniano.*

Cl. A. C. Klenze, *Disegno utile per le lezioni del dritto romano*, Berlino, 1827.

H. R. Stoeckhardt, *Tavole della storia del dritto romano.* Lipsia, 1828 fol.

Adr. C. Holtius, *Historiae juris romani lineamenta.* Leodii, 1830.

B. Jennasch, *Rassegna del dritto romano in forma di tavole.* Lipsia, 1831.

Walter, *Istoria del dritto rom. fino a Giustiniano.* Bonn, 1840.

C. *Istoria del dritto romano nel medio evo.*

Chr. Gottl. Haubold, *Institutiones juris rom. literariae.* t. 1°. Lipsia, 1809.

Gust. Hugo, *Manuale della storia letteraria civile.* Berlino, 1812. La 2ª ediz. è uscita col titolo: *Manuale di storia romana dopo Giustiniano.* Berlino, 1818; 3ª ediz. 1830.

Fed. Ch. de Savigny, *Istoria del dritto romano nel medio evo.* 6 vol. Heidelberg. 1815, 16, 22, 26, 29 e 31. Il signor Genoux ha pubblicato a Parigi la traduzion francese de' due primi volumi, con buono effetto. Il principio di una traduzione inglese è pure uscito col titolo di: *Storia del dritto romano durante il medio evo;* Tradotta dall' original tedesco di C. di Savigny, da E. Catheart, vol. 1,° Edimburgo, 1829.

E. Lerminier, *Introduzione generale alla storia del dritto.* Parigi, 1829.

D. *Raccolte di dissertazioni di antichità e di storia del dritto.*
1. *Di uno stesso autore.*

B. Brissonius, *Selectarum ex jure civili antiquitatum libri IV.* Lugduni, 1558. Antw. 1585; spesso ristampato, massimamente *Cum accessionibus posthumis in Brissonii oper. var.* Parigi 1606, e *Cum. adnotat.* Alb. D. Trekelli. Lips. 1741.

Phil. Rich. Schroeder, *Origines praecipuarum jur. civ. materiarum.* Regiom. 1723.

Franc. Car. Conradus, *Parerga in quibus antiquitates et historia juris illustrantur.* Helmstad, 1740.

Jos. Tosc. Mordatoritius, *Juris publici romani arcana sive de causis romani juris.* 4 t. in 6 vol. Neap. 1767 — 82.

2. *Di autori differenti.*

Jo. Ge. Graevius, *Thesaurus antiquitatum romanarum.* t. 1 — 12, Traj. ad Rhen. 1794 — 99, fol.

Alb. Henr. de Sallengre, *Novus thesaurus antiquitat. rom.* t. 1 — 3, Hag. Com. 1716 — 19, fol.

Jo. Polenus, *Utriusque thesauri antiquitatum romanarum graecarumque nova supplementa.* Vol. 1 — 5. Venet. 1738, fol.

Jurisprudentia romana et attica. Ed. Jo. Van der Linden, t. 1°, 2° (dritto romano) cum praef. Jo. Gottl. Heineccii; t. 3° (dritto attico) cum praef. Petr. Wesselingii. Lugd. — Bat. 1738 — 41, fol.

Dan. Fellenberg, *Jurisprudentia antiqua*, t. 1°, 2°. Bern. 1760, 1761. Dappoi, col titolo: *Philosophia juris antiqui.* Tref. et Lips. 1766.

Gust. Hugo, *Magazzino civile*, t. 1°, Berlino, 1790 ed anni seguenti; nel 1832 è uscito il 3° fascicolo del 6° volume.

Giornale per la giurisprudenza istorica, pubblicato da Savigny, Eichhorn e Goeschen. Questa pubblicazione continova. Nel 1832 uscì il 1° fasc. del 8° vol., e nel 1840 il 2° fasc. del vol. 10°.

Museo renano di giurisprudenza, *filologia*, *istoria e filosofia*, pubblicato da Hasse, Boeckh, Niebhur, e Brandis. 1° anno, Bonn, 1827. I signori Blume, Hasse, Puchta e Puggé pubblicarono dipoi separatamente la parte di giurisprudenza. La 4ª annata venne fuori nel 1830. Oggidì cosiffatta raccolta ha per titolo: *Novello Museo renano di giurisprudenza*, continuato da Blume, Boecking, Hollweg, Puchta, Puggé e Unterholzner. Gott. 1832.

VI. OPERE DOMMATICHE.

A. *Manuali.*

1. *Sulle Istituzioni.*

a. *Secondo l' ordine legale.*

Jo. Fred. Boeckelmann, *Compendium Institutionum sive elementa juris civilis.* Lugd. — Bat. 1679; cum praef. Heineccii. Amstel. 1727. Ibid. 1763.

Jo. Ortw. Westenberg, *Principia juris secundum ordinem Institutionum Justiniani.* Amstel. 1699. Spesso ristampati, ed ultimamente: Lugd.—Bat. 1766. (In *Opp.* Hanoverae et Luneb. 1746, t. 1°, p. 1).

Jo. Gottl. Heineccius, *Elementa juris civilis sec. ord. Institutionum.* Amstel. 1725. Lugd. — Bat. 1751; cum observ. J. C. Estoris, 1727, 1744. Questo trattato è stato dipoi l'obbietto de' lavori di altri giureconsulti, segnatamente di J. F. Hoepfuer, Gott. 1778, 82, 87, 96, 1806. J. Chr. Waltaer, Halla, 1785. Chr. Gottl. Biener, Lipsia 1789, 1813. J. P. Waldeck, Gott. 1788 e 94, 1800 e 1806.

G. D. Arnold, *Elementa juris civilis Justinianei cum codice Napoleoneo juxta ordinem Institutionum collati.* Parisiis et Argentorati, 1812. Quest'opera non altro è, in quanto al dritto romano, se non un lavoro sopra Ennecio.

C. S. Delvincourt, *Juris romani elementa sec. ord. Institutionum.* Parigi, 1814; 4ª ediz. 1823.

Th. M. Zachariae, *Instituzioni del dritto romano secondo l' ordine di Giustiniano.* Breslau, 1816.

b. *Secondo un ordine sistematico.*

Ge. Ad. Struvius, *Jurispr. rom. — germanica.* Jenae, 1670. Spesso ristampato, e da ultimo con osservazioni, da Schaumburg e Luder. Mencken. Francof. ad M. 1760, et cura Jo. Gottl. Heineccii. Bamb. 1767.

Car. Chr. Hofacker, *Institutiones juris romani meth. system. adornatae.* Gott. 1773, come anco i suoi *Elementa jur. rom.* ibid. 1784.

Gust. Hugo, *Instituzioni del dritto romano moderno.* Gott. 1789, 99, 1805, 10, 16, 20, 26.

Teod. Schmalz, *Manuale del dritto civile romano*, destinato alle lezioni sulle Instituzioni di Giustiniano. Koenigsberg, 1793.

C. G. Konopack, *Instituzioni del dritto romano.* Halla, 1807; 2ª ed. 1825.

Henr. Rud. Brinckmann, *Institutiones jur. rom.* Goettingae, 1818; ed. secunda, Slesvici, 1822.

L. A. Warnkoenig, *Institutiones s. elementa juris romani.* Leodii et Lips. 1819; 2ª ediz. 1825; tertia ed. Bonnae, sumptibus A. Marci, 1834. — Quest' opera è stata recata in francese, col titolo di: *Elementi di dritto privato romano*, da un avvocato. Parigi, 1826.

Wencesl. Alex. Macieiowski, *Principia juris romani.* Varsaviae, 1820.

C. F. Rosschirt, *Principj fondamentali del dritto romano.* Heidelb. 1824.

Ge. Fed. Puchta, *Manuale di un corso d' Instituzioni.* Monaco, 1829.

J. Jac. Lang. *Manuale del dritto romano di Giustiniano.* Magonza, 1830.

H. Blondeau, *Crestomazia*, ovvero *Scelta di testi per un corso elementare di dritto privato de' romani.* Parigi, 1830.

Le seguenti opere contengono delle delineazioni di corsi d' Istituzioni:

Chr. Gottl. Haubold, *Institutionum juris romani historico-dogmaticarum lineamenta observationibus maxime literariis distincta.* Lips. 1814. Il medesimo: *Institutionum juris romani histor. dogmat. denuo recognitar. epitome novae editionis prodromus.* Lips. 1821. C. Ed. Otto pubblicò nel 1816, dopo morto l' autore, una seconda edizione delle *Lineamenta*.

Ge. Chr. Burchardi, *Disegno di un sistema di dritto romano di Giustiniano, da servire per le lezioni d' Instituzioni.* Bonn, 1818.

L. Pernice, *Istoria*, *Antichità*, e *Instituzioni del dritto romano.* Halla, 1821; 2ª ed. riveduta ed accresciuta di una scelta di passi in sostegno, ibid. 1824.

W. M. Rossberger, *Sposizione istorico-dommatica delle Instituzioni del dritto romano.* Berlino, 1828.

M. S. Mayer, *Il dritto civile romano*, *secondo i suoi principj generali*, *sposto e spiegato coll' aiuto della storia e delle antichità.* Stuttgardt, 1831.

Ed. Boecking, *Disegno di un corso d' Istituzioni.* Bonn, 1832.

Ge. Chr. Burchardi, *Istoria e Istituzioni del dritto romano.* Kiel ed Altona, 1834.

F. Ad. Schilling, *Manuale d' Istituzioni e di storia del dritto civile romano.* Lipsia, 1837.

Marczoll, *Manuale delle Instituzioni del dritto rom.* Lipsia, 1842.

Boecking, *Instituzioni.* Bonn, 1844.

Hoevel, *Manuale delle Instituzioni del dritto*, Lipsia, 1842.

Muhlenbruch, *Manuale delle Instit. del dritto rom.* Halla, 1842.

2. *Sulle Pandette.*

a. *Secondo il loro ordine legale.*

Just. Henn. Boehmer, *Introductio in jus Digestorum.* Halae, 1704; ed. noviss. (14), ibid. 1791.

G. Beyer, *Delineatio juris civilis secundum Pandectas.* Lips. 1704, 11, 18; ed. noviss. ibid. 1758.

Jo. Ortw. Wastenberg, *Principia juris secundum ordinem Digestorum.* Harderov. 1712; Lugd. — Bat. 1732; ibid. 1745; ibid. 1764. In *Opp.* t. 2º. Ultimamente in Berlino, 1814 e 1825, 2 tomi in 8º.

Jo. Gottl. Heineccius, *Elementa jur. civ. sec. ord. Pandectarum*, Amstel.

1728; ib. 1731; Argentor. 1734; Amstel. 1740; Traj. ad Rhen. 1772. Cura Chr. Gottl. Richteri, Lips. 1797.

J. Aug. Hellfeld, *Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem.* Jenae, 1764, 66, 71, 75, 79; cura Gottl. E. Oelze, ibid. 1787, 92, 97; cura Chr. Gottl. Koechy, ibid. 1804, e da ultimo, cura Lud. Car. ab Hellfeld, Jenae, 1806.

Jul. Fred. Malblanc, *Principia juris rom. sec. ord. Digestorum.* P. 1ª. Tubing. 1801. Part. 2ª, sec. 1, 2. Tubing. 1802.

M. Wesenbeck, *Paratitla in Pandectas.* Basil. 1656, fol. Più tardi, col titolo: *Commentarius in Pandectas*, cura Detr. Brederodii, ibid. 1589, et Erford. 1716, fol. e soprattutto: Cum notis Bachov. Echtii et Arn. Vinnii. Lugd. — Bat. 1649. Quest'opera è stata altresì spesso stampata con osservazioni di altri autori.

J. Voet. Compendium juris juxta seriem Pandectarum. Lugd. Bat. 1682; ultimamente nel 1737, e Colon. 1734.

b. *Secondo un ordine sistematico.*

Chr. Dabelow, *Sistema del dritto civile moderno.* 2 parti. Halla, 1794; 2ª ed. 1796; 3ª ed. col titolo: *Manuale del dritto civile romano-germanico moderno.* Halla, 1803.

Ant. Fed. Giust. Thibaut, *Sistema delle Pandette.* Jena, 1803, 2 parti. La 7ª ed. è stata fatta nel 1828.

J. Th. Zauner, *Introductio in jus Digestorum ordine naturali dispos.* P. 1ª. Salisb. 1805; P. 2ª, 1806; P. 3ª, 1810.

Chr. Aug. Gunther, *Principia juris romani privati novissimi.* t. 1°, 1805; t. 2°, ibid. 1809.

Errico G. Wittich, *Sistema di dritto civile moderno.* 3 vol. Francof. sul Meno, 1805.

Jo. Chr. F. Meister, *Jus romanum idque purum*, vol. 1. Zullich, 1813. (Incompiuto).

Gottl. Hufeland, *Manuale del dritto civile in vigore in Alemagna.* P. 1ª. Giessen, 1808, P. 2ª ibid. 1814.

C. Fr. F. Bucher, *Sistema delle Pandette.* Marb. 1808. 2ª ediz. Halla, 1814; 3ª ed. ibid. 1822.

C. De Weyhe, *Trattato scientifico del dritto civile tedesco.* Gott. 1815. Quest'opera non contiene altro che le materie generali del dritto privato.

G. Hoffmann, *Principj del dritto romano.* 4 vol. Vienna e Trieste, 1814—1816.

Albr. Schweppe, *Il dritto civile romano nella sua odierna applicazione.* Questa opera ha avuto un gran numero di edizioni dal 1804 al 1832.

J. N. di Weining-Ingenheim, *Manuale del dritto civile comune*, 2 vol. Monaco, 1822; 2ª ed. 1825; 3ª, 1827; 4ª, 1832 in 3 vol.

J. Ad. Seuffert, *Manuale del dritto delle Pandette.* 3 vol. Wurtzbourg, 1825.

Chr. Fred. Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum.* 3 vol. Halae, 1823 — 25. Ed. 2ª, ibid. 1827. Ed. 3ª, ibid. 1830 — 31. È uscita nel 1834 una 4ª edizione in tedesco.

L. A. Warnkoenig, *Commentarii juris romani privati.* 3 tom. Leodii, 1825 — 29.

C. J. Meno. Valett, *Manuale del dritto pratico delle Pandette.* 3 vol. Gott. 1828 — 29.

A. Haimberger, *Jus romanum privatum idque purum.* 4 vol. Leopoli, 1830.

Le opere seguenti non contengono altro che delineazioni pe' corsi di Pandette.

Arn. Heise, *Delineazione di un sistema di dritto civile comune*, Heidelb. 1807, 16, 19, 25.

Fed. Bergmann, *Abbozzo di un sistema di Pandette*. Gott. 1810.

K. A. D. Unterholzner, *Progetto di un trattato del dritto romano oggidì vigente in Alemagna*. Breslau, 1817.

Chr. Gottl. Haubold, *Doctrinae Pandectarum lineamenta*. Lips. 1820.

G. Chr. Burchardi, *Sistema del dritto romano*, delineato. Bonn, 1823.

W. M. Roosberger, *Sistema del dritto civile comune*. Berlino, 1826.

Ed. Gans, *Sistema del dritto civile romano*. Berlino, 1827.

F. Blume, *Pianta delle Pandette*. Halla, 1829.

A. K. di Hartitzsch, *Il dritto civile romano*, esposto in tavole. Lipsia, 1831.

J. F. L. Goeschen, *Delineazione di un corso di Pandette*. Gottinga, 1831.

A. Bethmann-Hollweg, *Delineazione di un corso di Pandette* (eccetto le successioni). Bonn, 1831.

G. Fr. Puchta, *Sistema del dritto civile comune*. Monaco, 1832. Quest'opera oggi è intitolata: *Manuale delle Pandette*, 1838.

Di Savigny, *Sistema del dritto romano moderno*, 1841, 5 vol.

B. *Trattati e Comenti.*

1. *Sulle Instituzioni.*

Theophilus, *Paraphrasis graeca Institutionum*. Ed. I. C. Reitz. Hag. Com. 1751, 2 tomi.

Ulr. Huberus, *Praelectiones juris civilis sec. Institutiones*. Franek. 1686, 1699; ex ed. Chr. Thomasii, Lips. 1708; cum notis Luderi Menckenii, Lips. 1725.

Jo. Gottl. Heineccius, *Recitationes in elementa juris civilis sec. ord. Institutionum*. Vratislav. 1765, 78. Spesso ristampate, e pubblicate ultimamente da P. di Ryckere. Gand, 1818.

L. G. Fed. Hoepfner, *Comento teorico e pratico sulle Instituzioni di Ennecio*. La 8ª ediz. è venuta fuori nel 1815.

M. A. Du Caurroy de la Croix, *Instituzioni di Giustiniano novellamente spiegate*. 3 vol. Parigi, 1822 — 25; 3ª ed. Parigi, 1829. Ristampate a Brusselles da Tarlier, 1832, 1 vol.

2. *Sulle Pandette.*

a. *Secondo il loro ordine legale.*

Matthaeus Wesenbecius, *Paratitla in Pandectas*. Basil. 1656, fol. Dipoi col titolo: *Commentarius in Pandectas*, cura Petr. Brederodii, ibid. 1689, fol., e particolarmente: cum notis Bachovii Echtii et Arnoldi Vinnii. Lugd.—Bat. 1649.

Just. Meier, *Collegium argentoratense*; Argentor. 1616, 17; cum notis Jo. Ott. Taboris, studio Jo. Bechtoldi, t. 1° — 3.° Argentor. 1657.

Ulr. Stuberus, *Praelectiones juris civilis secundum Pandectas*. Franck. 1686, 99, ex ed. Chr. Thomasii, Lips. 1725 et ex rec. A. I. Rivini, ibid. 1733. Ed. noviss. Francof. et Lips. 1749.

Ge. Ad. Struvius, *Syntagma juris civilis*, cum addit. Petr. Mulleri. 3 vol. Francof. et Lips. 1692. Spesso ristampato; ultim. 1742.

Wolfg. Ad. Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum ad Pandectas*, t. 1° — 3.° Tubing. 1690.

Jo. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, t. 1° Lugd. — Bat. 1697. fol. t. 2°, Hagae Comit. 1704, fol. Ibid. 1707, 16, 23, 31, 34, ed anco più spesso. Da ultimo: Halae, 1776 — 80, in 6 volumi.

Ger. Noodt, *Commentarius in Pandectarum lib. I — IV*. Lugd. — Bat. 1716; *in lib.* V — XXVII. in Opp. t. 2° Lugd. — Bat. 1724.

Ch. Fed. Gluck, *Spiegazion ragionata delle Pandette*, secondo Hellfeld; 34 parti, le quali vanno fino al libro XXVIII, tit. 1; Erlangen, 1790 — 1830. Vi son tre parti di tavole sopra queste 34 del comento. Ibid. 1822, 23, 32. Continuata dopo la morte dell' autore da Muhlenbruch. Parti 35 — 42. Ibid. 1832 — 41.

b. *Secondo un ordine sistematico*

Franc. Connanus, Commentariorum juris civilis lib. X, t. 1° — 2.° Parigi, 1553, fol. Ed. noviss. Neapoli, 1724.

Aug. Donellus, *Commentariorum juris civilis libri XXIII*, t. I — VI. Francof. 1589 — 97. Hannov. 1612. Francof. 1626, fol. Ed. noviss. cura Jo. Ch. Koenig et Car. Bucheri, Norimberg. 1801 — 1830. Sono usciti 43 volumi.

Gio. Domat, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*. Parigi, 1689, 95, 1713, 23, 45, 56, 67, 77, 2 tom. fol.

Car. Hofacker, *Principia juris civilis romano-germanici*, t. 1° — 3°.

c. *Monografie.*

Gli scritti sopra parti separate del dritto romano, sono indicati sotto ciascuna delle materie alle quali si riferiscono.

d. *Controversie.*

Ant. Merenda, *Controversiarum juris civilis libri XXIV*. Ticini, 1624—47. 4 tom. fol. Venet. 1710; Brussell. 1745.

Sam. de Coccejus, *Jus civile controversum*. Francof. ad Viadr. 1729. Ed. nov. cum praef. C. F. Walch et cum notis J. E. B. Emminghaus. Lips. 1791 — 98. 2 tomi.

Car. Frid. Walch, *Introductio in controversias juris civilis*. Jenae, 1771; ibid. 1776; ibid. 1791. Ed. 4ª cur. C. E. Schmid, t. 1,° fasc. 1 e 2; ibid. 1810.

e. *Scritti sopra l' uso oggidì fatto del dritto romano, e sulla sua applicazione a particolari casi.*

Jo. Schilterus, *Exercitationes ad L libros Digestorum*. Jenae, 1675—80. Più tardi, col titolo: *Praxis juris romani in foro germanico*. Jenae, 1698. Lipsiae, 1713. Francof. 1733, in fol.

Jo. Henr. de Berger, *OEconomia juris ad usum odiernum accomodati*. Lips. 1712. Ed. 6ª cura Jo. Aug. Bachii, ibid. 1755. Ed. 7ª cura Car. G. Fr. de Winkler, ibid. 1771. Ed. 8ª cura C. G. Haubold, t. 1,° ibid. 1801. Fin ora il solo 1° vol. di quest' ultima ediz. è uscito.

Sam. Strykius, *Usus modernus Pandectarum*, t. I — IV, ed. 5.ª Halae, 1747.

Just. Henn. Boehmer, *Exercitationes ad Pandectas*, cura Ge. Lud. Boehmeri, t. I — VI. Hannov. et Goett. 1745 — 64.

Dav. Mevius, *Decisiones Wismariensis tribunalis*. P. I — IX. Stralsund,

1664 — 75, et saepius. Cum praef. J. H. Boehmeri, Francof. 1740, fol. Ed. noviss. cura L. F. Hoepfneri, t. 1,° 2.° Francof. ad M. 1791 — 94, fol.

Augustinus a Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, vol. I — IX. Lips. et Guelpherb. 1717 seg.

Jo. Ern. Just. Muller, *Observ. practicae ad Leyseri meditationum opus.* tom. I — VI. Lips. 1786 — 93.

Jo. Balth. a Wernher, *Selectae observ. forenses.* P. I—IV cum suppl. Viteb. 1710 — 22; t. I — III, Jenae et Lips. 1756, fol.

Frid. Es. a Pufendorf, *Observat. jur. universi*, t. I — IV. Cellis et Hannov. 1744 — 1770; ibid. 1780 — 84. Idem, *Animadversiones juris*, t. 1.° Hannov. 1783.

C. F. Hommelius, *Rapsodia quaestionum in foro obvenientium.* Lips. 1765 — 66. Ed noviss. cura C. G. Roessig, t. I — VII. Byruthi, 1781—87.

Jo. Ad. Gottl. Kind, *Quaestiones forenses*, t. I — IV. Lips. 1792—1802. Ed. 2ª, aucta et emend. ibid. 1807.

J. B. Geiger e C. F. Gluck, *Questioni di dritto notabili*, 3 vol. Erlangen, 1792, 1794, 1806.

Von Bulow e Hagemann, *Decisioni pratiche*, parti I—IV. Annov. 1798—1804. Continuate da Hagemann, p. 5 — 7, ibid. 1809. Dipoi da E. Spangenberg, p. 8, sez. 1, 2, ibid. 1829.

C. A. Gunther, *Osservazioni di dritto.* P. 1.ª Helmstadt, 1802.

B. W. Pfeiffer, *Sviluppamenti pratici di tutte le parti della giurisprudenza*, t. 1,° Annov. 1825, t. 2° ibid. 1828, t. 3° ibid. 1831.

C. A. Gottschalk, *Selecta discept. forens. capita; additae sunt decisiones sax. supremi provoc. tribunalis*, 3. tom. Dresdae, 1816, 19, 25. Ed. 2,ª ibid. 1826 — 30.

F. Alb. V. Langenn ed Aug. S. Kori, *Decisioni del dritto comune e sassone.* P. 1.ª Dresda e Lipsia, 1829, 31.

Arm. Heise ed E. Cropp, *Dissertazioni di dritto.* t. 1.° Amburgo, 1827; t. 2.° ibid. 1830.

P. L. Kritz, *Collezione di questioni di dritto e decisioni.* t. 1.° Lips. 1833.

f. Collezioni di dissertazioni sopra parti speciali del dritto civile romano e tedesco.

1. Di un medesimo autore.

Ant. Faber, *De erroribus pragmaticorum et interpetrum juris Chilias*, P. 1ª e 2.ª Lugd. 1598 — 1604; P. 3.ª Colon. Allobr. 1609; P. 4.ª Lugd. 1615. Ed. noviss. Lugd. 1652, 2° tomo.

Arn. Vinnius, *Selectae quaestiones juris civilis.* Lugd. 1633, e spesso, ibid. Ed. noviss. Traj. ad Rhen. 1722.

Aug. Menagius, *Amoenitates juris civilis.* Paris. 1664; augm. 1677.

Ulr. Huber, *Digressiones justinianeae.* Ed. 3ª ex recens. Zach. Huberi. Franeq. 1696.

Wolfg. Ad. Lauterbach, *Dissert. academicae*, t. I — IV. Tubing. 1728.

Jo. Nic. Hert, *Opuscula*, ed. Jo. Jac. Hombergk, 2 vol. Francof. ad M. 1737.

Henr. de Coccejus, *Exercitationes curiosae*, 2 vol. Lemgov. 1722. Jo. Pet. de Ludewig, *Opuscula miscella.* T. 1,° 2.° Halae, 1720, fol.

Greg. Mojansius, *Disputationes juris.* T. 1,° 2.° Lugd. — Bat. 1752.

Ant. Schulting, *Commentationes academicae.* Ed. Jo. Ludov. Uhlius. Vol, I — IV. Halae, 1770 — 74.

Franc. C. Conradus, *Scripta minora cum praef. et singular. commentat. epicrisi*, ed. Lud. Pernice. Vol. 1,° Halae, 1823.

Jo. Lud. Conradus, *Varia ex jure civili*. Marb. 1764. Idem, *Opuscula e jure civili*. Vol. 1,° Bremae, 1777; vol. 2,° ibid. 1778.
Go. Gottfr. Bauer, *Opuscula academica*. T. 1,° 2,° Lips. 1787.
Ch. Frid. Ge. Meister, *Opuscula selecta*. Goett. 1766 — 75.
Ge. Lud. Boehmer, *Electa juris civilis*. T. I — III. Goett. 1769 — 78.
Jo. Lud. Ern. Puttmann, *Adversaria juris*. Lib. I — III. Lips. 1775—88.
Chr. Frid. Gluch, *Opuscula juridica*. T. I — IV. Erlang. 1785 — 90.
C. H. G. Koechy, *Meditazioni sopra materie della scienza del dritto civile moderno*. Lipsia, 1795.
G. C. Quistorp, *Esami di diverse materie di dritto*. Rostok, 1787.
Il medesimo, *Osservazioni di dritto*. Lipsia, 1793.
Ad. D. Weber, *Saggi sul dritto civile e sua applicazione*. Schwerin e Wismar, 1801.
Ant. F. J. Thibaut, *Saggi sopra diverse parti della teoria del dritto*. 2 parti. Jena, 1798 — 1801. 2ª ed. ibid. 1817. — Il medesimo, *Dissertazioni civili*. Heidelb. 1814.
P. J. A. Feuerbach, *Saggi civili*; Giessen, 1808.
B. W. Pfeiffer, *Dissertazioni sopra materie del dritto civile tedesco e romano*. Marburgo, 1803.
Fr. Schoeman, *Manuale del dritto civile*, in dissertazioni separate. 2 parti, Giessen, 1806.
Ed. Schrader, *Dissertazioni del dritto civile*. Annover, 1808. — Il medesimo, *Dissert. civili*, Weimar, 1816.
Gottl. Hufeland, *Dello spirito proprio del dritto romano*; una serie di diss. 2 parti. Giessen, 1815 — 17.
C. Chr. Dabelow, *Manuale delle Pandette*, in una rassegna critica de' principali rami di quelle. Halla, 1816 — 18. 3 parti.
C. A. D. Unterholzner, *Diss. di dritto*; Monaco, 1810.
G. Ph. von Bulow, *Diss. sopra materie staccate del dritto civile romano*. 2 parti. Brunswick, 1818.
E. Kaemmerer, *Trattati utili per la storia e teoria del dritto romano*, t. 1° Rostock e Schwerin, 1817.
Albr. Schweppe, *Magazzino giuridico*, 1° fasc. Altona, 1818.
T. C. Gesterding, *Errori vecchi e nuovi de' giureconsulti*, Greifswald, 1818.
C. F. Rheinhardt, *Diss. miscellanee del dominio della giurisprudenza pratica*. Fasc. 1 — 3. Stuttgardt, 1822 — 27.
Jo. Ad. Seuffert, *Spiegazioni sopra talune materie del dritto civile romano*, 2 parti. Wurtzbourg, 1820 — 21.
H. E. Dirksen, *Dissertazioni civili*. Berlino, 1820, 2 vol. — Il medesimo, *Trattati utili per le ricerche sopra il dritto romano*. Lipsia, 1825.
L. J. Neustetel e S. Zimmern, *Ricerche sul dritto romano*. T. 1,° Heidelberg, 1821.
Ge. F. Puchta, *Dissert. civili*. Lipsia e Berlino, 1823.
P. L. Kritz, *Diss. sopra materie scelte del dritto civile*. Lipsia, 1824.
G. J. Meno, Valett, *Diss. del dominio del dritto civile romano*. T. 1.° Gott. 1824.
C. G. Haubold, *Opuscula academica*; vol. 1. ed. C. F. Wenck. Lips. 1825; vol. 2° ed. F. Stieber. Lips. 1829.
C. G. Biener, *Opuscula academica*, edid. et praefatus est F. A. Biener. 2 vol. Lips. 1830.
W. Francke, C. H. Weiske, C. J. Guyet, Ph. E. Huschke, hanno scritto delle dissertazioni.

2. *Di differenti autori.*

Tractatus universi juris, *duce et auspice Gregorio XIII*, *in unum congesti*. (Tractatus tractati.) Venetiis, 1584, 18 t. in fol. e 4 tomi d'indici.
Ever Otto, *Thesaurus juris romani*. Lugd. — Bat. et Traj., ad Rhen. 1725. 4 vol. fol. Traj. ad R. 1733 — 35. Basil. 1744, 5 vol. fol.
Ger. Meerman, *Novus thesaurus juris civilis et canonici*. Hagae Comit. 1751 — 53, 7 t. in fol. Supplementum post patris obitum ed. 70. L. B. de Meerman. Hagae Com. 1780, fol.
Gr. Oelrichs, *Thesaurus diss. jurid. in acad. Belg. habit.* Lips. 1769, 70. 2 vol. *Thesaurus novus*. Bremae, 1771, 82. 3 vol.
Teod. Hagemann. e C. A. Gunther, *Archivj per la giurisprudenza teorica e pratica*, 6. vol. Brunswick, 1789 — 92.
È qui mestieri far menzione di parecchie opere già nominate disopra : il *Mag. civile* di Hugo, Il *Giornale per la giurisprudenza istorica*, il *Museo renano*, ec.; quindi i seguenti giornali periodici :
Magazzino per la filosofia e la storia del dritto e della legislazione, per Grolman. T. 1,° Giessen e Darmstadt, 1801; t. 2° 1807; t. 1° con questo titolo : *Magazzino per la giurisprudenza e la legislazione*, pubblicato da Grolman e Loehr. Giessen, 1820.
Archivj per la pratica civile, per Gensler, Mittermaier e Schweitzer. Dal 5° vol. in poi, questo scritto è pubblicato da Loehr, Mittermaier e Thibaut. Muhlenbruch, Linde e Waechter vi lavoran parimenti dopo il 14° volume.
Giornale di dritto civile e giurisprudenza, pubblicato da Linde, Marezolt e Schroeter. Ne sono usciti 16 volumi.
Themis, *Giornale di giurisprudenza pratica*, per C. F. Elvers. Ne sono usciti 2 vol. Gottinga, 1827 — 29.
Themis, ovvero *biblioteca del giureconsulto*, per una compagnia di magistrati, professori ed avvocati. Tom. 1—7. Parigi, 1819—25. tom. 8—10, Brusselles, 1825 — 31. (Interrotta dopo il 1831).
Bydragen tot Regtsgeleerdheid etc. Tom. I — VI. Amsterdam, 1826 — 32.
C. F. Rosshirt, *Giornale pel dritto civile e criminale*. Fasc. 1,° Heidelberg 1831; fasc. ultimo, 1842.

INSTITUZIONI DEL DRITTO ROMANO

PARTE GENERALE

INSTITUZIONI DEL DRITTO ROMANO

Parte generale.

SEZIONE PRIMA.

IDEE GENERALI DEL DRITTO APPO I ROMANI.

§. 115. I. *Del diritto e della giustizia* (jus et justitia).

Il diritto appo i Romani, ridotto a' suoi più semplici elementi, fondavasi in sulla morale e sulla libera estimazione di ciò ch' è buono ed onesto (1). La qualità di esigibile non era in esso essenziale (2). « Jus est ars *boni et aequi*, » essi dicevano; ed in siffatto senso Ulpiano richiede a' giureconsulti, risguardati come ministri della giustizia, ch' essi abbiano a far gli uomini non solo esternamente giusti, ma altresì internamente buoni (3). Presso di loro la *giurisprudenza* era la cognizion delle cose divine ed umane, la scienza del giusto e dell' ingiusto (*divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*) (4), e la *giustizia* era non semplicemente la legalità esterna delle azioni, ma anco una conformità delle azioni esterne co' precetti del dritto, fondata tutta sull' interno impulso, sulla libertà del volere (5).

(1) V. particolarmente: Cicerone, *De off.* 1, 28.

(2) Benchè i Romani abbian conosciuta la differenza ch'è tra i doveri esternamente esigibili ed i non esigibili (Cic. *De off.* I, 3.—Seneca, *De ira*, I, 27.—fr. 144, pr. D. 4, 17: « *non omne quod licet, honestum est.* » — fr. 197, ib. — fr. 42, pr. D. XXIII, 2.—fr. 1, § 5, D. L. 13); essi non facevano però tanto rigorosa differenza, quanto i moderni, tra la morale e il dritto naturale, e non hanno mai sostenuto che la qualità di esigibile fosse nel dritto la principale. Questo è il motivo dello aver essi stabilito tre principali precetti nello studio del dritto: « *Juris praecepta haec sunt: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere.* » § 3, J. I, 1.—fr. 10, § 1, D. I, 1.—*V.* Doneau, *Comm. jur. civ.* II. 1.

(3) Fr. 1, pr. D. I, 1.

(4) § 1, J. I, 1.—fr. 10, § 2, D. I, 3.—Const. 1, § 1, C. I, 17 (a).

(5) Pr. J. I.—fr. 10, pr. D. I, 1. « Justitia est constans et perpetua *voluntas* jus suum cuique tribuendi. » — Nov. 69, praef.—Cicerone, *De finib.* v, 23.—Idem, *De invent.* II, 54. — Gellio, *Nott. Att.* XVII, 5.—G. Van. der Feltz, *Observ. quaedam ad definitionem justitiae Ulpiani in fr. 10, pr. D. de just. et jur.* Groen. 1806.

(a) Si vuole che siffatta definizion della giurisprudenza fosse stata inspirata a' giureconsulti dalla loro vecchia gara co' filosofi: ma tale opinione, accreditata da Eineccio, pare a noi che faccia troppo torto a questa nobilissima scienza, la qual deve effettivamente aver cognizione delle cose divine e delle umane, se vuol rettamente determinare il diritto a ciascuna cosa appartenente.

(*Trad.*)

§. 116. II. *Del dritto pubblico e del dritto privato* (jus publicum et privatum).

Relativamente al suo obbietto, i Romani dividevano la giurisprudenza in
1° Scienza del *dritto pubblico (jus publicum est, quod ad statum rei romanae spectot)*, e
2° Scienza del *dritto privato (jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem spectat)* (1).

§. 117. III. *Del dritto naturale, del dritto delle genti e del dritto civile* (jus naturale, gentium et civile).

Il dritto privato era a sua volta partito in dritto naturale, dritto delle genti e dritto civile *(jus naturale, gentium et civile)* (2).

1. Il *dritto naturale (jus naturale)* era per essi qualunque precetto avente il suo principio materiale nella natura animale dell' uomo, e ch' è comune agli uomini ed alle bestie (3).

2. Il *dritto delle genti (jus gentium)* era ad essi il complesso de' principj fondati nella *ragion naturale* dell' uomo, e che perciò eran generalmente osservati come dritto appo tutti i popoli inciviliti del loro tempo (4).

3. Il *dritto civile (jus civile)* finalmente, era il dritto da ciascuno Stato riconosciuto e stabilito come suo proprio diritto, e che senza esattamente seguitare i principj del dritto naturale e delle genti, non però del tutto da quelli si parte: era egli quel dritto il quale, siccome Ulpiano dice (5), si forma aggiungendo e togliendo al dritto naturale e al dritto delle genti.

(1) § 4, J. I, 1.—fr. 1, § 2, D. I, 1. — *V.* più sopra, il § 8.

(2) § 4, J. I, 1.—fr. 1, § 2, D. I, 1: «Privatum jus tripartitum est, collectum etenim est *ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus* ».

(3) Pr. J. I, 2.—fr. 1, § 3, D. I, 1: « *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit*. Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri. » — Cf. Cicerone, *De invent.* 2, 22 (a).

(4) § 1. J. I, 2.—fr. 9, D. I, 1: « *Jus gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*: id apud omnes peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur: — Cpr. fr. 1, § 4; fr. 2, 3, 4, 5, D. I. 1.—Cic. *De off.* III, 5. — Teofilo, *Ad Instit.* 1, 2. — Presso i Romani il *jus gentium* non era quel che noi chiamiamo *dritto naturale* (benchè parecchie volte sia anche chiamato *Jus naturale*; per esempio, § 11, J. I, 2; § 11, J. II, 1), ma piuttosto una astrazion de'dritti *positivi* di tutti i popoli inciviliti. Nondimeno sonovi autori di contrario avviso: tal è tra gli altri A. D. Renemann, *De jure gentium a jure naturali non diverso*. Traj. ad R. 1818. — Di rintoppo, *v.* G. F. Steinacker, *Apologia Ulpiani sive de notione juris gentium a jure naturali accurate distinguenda*. Lips. 1821.

(5) Fr. 9, D. I, 1: « Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo

(a) *Propric juris capax non est nisi natura praeceptis utens generalibus*; lasciò scritto il Grozio (de jur. bell. 1, 1.) e questa sì nota sentenza basta sol essa a dimostrar l'assurdità di quella antica opinione de' giureconsulti rispetto agli animali. Vero è che qualche scrittore di molta autorità, per esempio il Vinnio, afferma non aver mai letto in alcun filosofo o giureconsulto del mondo che qualche dritto si avessero le bestie, fuor solamente che in Ulpiano, dalle Instituzioni del quale copiò Triboniano quel luogo. Altri tengono per contrario che siffatta dottrina fosse comune di quasi tutti gli antichi filosofi. Se così è, gli antichi filosofi ebbero torto: ma per le autorità allegate dal Vinnio, si ha ogni ragione di non crederlo affatto. Ad ogni modo, pare che in un'opera in cui s'intende di proporre a' giovani cose tutte sicure ed indispensabili, si avrebbe dovuto far senza di questa. (*Il Trad.*)

Sicchè, il dritto naturale considerava l'uomo come animale, il dritto delle genti come essere ragionevole e vivente con altri in società, e il dritto civile come membro di un determinato Stato.

§. 118. IV. *Del dritto scritto e del non scritto* (jus scriptum et non scriptum).

Il dritto civile, nel senso per noi testè designato, si divideva di nuovo in *dritto scritto* (*jus scriptum*), e *dritto non scritto* (*jus non scriptum*) (1). Ma presso i Romani questa espression di *jus scriptum* adoperavasi ordinariamente nel senso grammaticale, ed essi intendevano per tale ogni dritto redatto per iscrittura, senza distinguere s'egli derivasse dalla legge o dalla consuetudine, ed opponevanlo al dritto consuetudinario non iscritto (2). Oggi, per *jus scriptum* intendesi d'ordinario il dritto sancito dalle leggi, e per *jus non scriptum* quello al quale i costumi o la consuetudine han dato luogo, poco importando del resto ch'egli sia redatto in iscritto, oppur no (§ 5).

§. 119. *Del sistema del dritto civile romano.*

Secondo l'ordine delle Instituzioni di Caio e di Giustiniano, il sistema del dritto civile romano era sposto come segue: « Omne jus quo utimur, vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones* (3) ».

La significazion di queste parole « *res et actiones* » è stata diversamente interpetrata, in parte a cagion della divisione de' libri e titoli di dette Instituzioni (4). Certa cosa è, che pel vocabolo *res* si possono intendere tutte le cose che formano l'obbietto di un dritto, e che vi si posson comprendere così le cose come gli atti, così le ragioni sopra cose corporali come le obbligazioni: ma pare che da principio i Romani non altro intendevano per *res*, che le cose corporali (*corpora*) (5), ed in processo di tempo le ragioni sopra cose cor-

proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam *quod quisque populus ipse sibi jus constituit*, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque *jus civile*. « § 1, 2, J. I, 2.—fr. 6, pr. D. I, 1: « Jus civile *est quod neque in totum naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit*; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, idest civile, efficimus. »—Gajus, I, 1.—Cpr. § 11, J. I, 2.

(1) § 3, J, I, 2.—fr. 6, § 1, D. I, 1.

(2) Questa è la ragione, perchè appo i Romani gli *edicta Praetorum* ed i *responsa prudentum* appartenevano al dritto scritto. § 3-9, J. I, 2 (a).

(3) Caio, I, 8.—§ 12, J. I, 2.—Teofilo, sul pr. J. I, 3, sul pr. J. II, 1; pr. J. III, 13; e pr. J. IV, 6.

(4) Alcuni pensano che la rubrica: *De rerum divisione*, debba continuare con lo stesso significato insino alla rubrica: *De actionibus*; intantochè le *obbligationes* partecipino alla parte seconda. Altri per opposto son di avviso, che per questo medesimo le *obligationes* appartengono alle *actiones*, e che la general denominazione di *actio* in una rubrica sussegnente indicava soltanto che ogni azione, epperò anche quella *in rem*, presentavasi sotto specie di un credito avverso chi ci ha fatto torto.

(5) Quando si parla di *res*, dicesi: *acquirere*, *amittere*; e a tale idea risponde il nome di *possessio* (b): quando poi si tratta di *obligationes*, dicesi invece: *contrahere*, *solvere*, e il fatto qui non opponesi al dritto.

(a) Essendochè la scrittura o la mancanza di questa non costituiscano alcuna formal differenza tra le parti del dritto, io inclino per l'avviso di quelli i quali dicono che *jus scriptum* in verità non suonasse altro che *jus promulgatum*; *non scriptum*, *non promulgatum*. Locuzione copiata da'Greci, appo i quali *grafein nomous* non valeva *leges scribere*, ma *publicare*. Così, per un esempio, Libanio dice di Licurgo avere egli *scritto leggi*, quando è pur risaputo che quel famoso datore di leggi non si servì punto della scrittura: anzi una delle così dette *retre* era appunto, che gli Spartani non usassero leggi scritte. Plutarco, *Licurg.* (*Trad.*)

(b) Cioè, alla idea di cosa corporale, materiale. Infatti: « Possessio appellata est (ut et Labeo ait) a sedibus, quasi *Positio*; quia *naturaliter tenetur* ab eo qui ei insistit. » L. 1, D. *de acq. poss.* (*Trad.*)

porali, considerando siffatte ragioni come cose corporali esse stesse; nondimeno alcuna volta si trascorse più oltre. L'origine ed il fine di tali ragioni ed obligazioni differiscon di troppo, perchè le si possano riunire sotto altro aspetto che sotto quello delle *actiones*, secondo la principal distinzione in *actiones in rem* ed *in personam*. Dapprima intendevasi col termine *actio* tutto il procedimento, litigioso oppur no, dinanzi al magistrato; ma più tardi era con tal nome designato qualunque diritto sotto il rapporto della istanza giudiciale. Benchè dopo ciò si possan tuttora mettere in discussione le questioni, se Caio e Giustiniano abbiano annoverato le *obligationes* tra le *res*, o se le abbiano solamente considerate sotto l'aspetto delle *actiones*, oppur come avrebbero essi dovuto considerarle nel vero significato della parola *res*; certo è che Caio tratta nel libro 1° *de personis*, ne' libri 2° e 3° *de rebus* una, con le obligazioni, e nel libro 4° *de actionibus*; dovechè Giustiniano ragiona nel 1° *de personis*, nel 2° e 3° e fino al titolo sesto del 4° libro, *de rebus* unitamente alle obligazioni, ed in seguito *de actionibus*, e ch'egli ha così dato una sposizione le cui diverse parti sono l'una con l'altra concatenate (1).

§. 120. *Del sistema tenuto in questo Manuale.*

Questa opera si compone di una *parte generale* e di un'altra *speciale*. La prima è destinata a spiegar le *nozioni* sulle *persone* e sulle cose, la cui esistenza vuol esser supposta da ogni dritto, come pur le idee generali risguardo a' *dritti* ed a' *mezzi di farli valere*. La seconda parte ha per iscopo di sporre le diverse spezie di dritti, e particolarmente trattare:

1. Del *dritto delle cose* propriamente dette, che son le corporali;
2. Delle *obligazioni* ed *azioni*;
3. Delle *ragioni di famiglia*, *jura potestatis*;
4. Delle *successioni*, nella qual materia le cose, le obligazioni e la famiglia sono considerate *mortis causa* (2).

(1) Hugo ha divisi i suoi libri secondo il sistema di Caio e di Giustiniano, e l'opera di Rosschirt, *Grundlinien des Ræm. Rechts*, è scritta nella stessa forma: ma più di una materia, come il dritto di pegno, la cessione, essendo state passate con silenzio, abbisognava assegnar loro il proprio posto. Nelle prime sei edizioni di questo Manuale fu seguito lo stesso sistema.

(2 Queste quattro divisioni principali sono state già da lungo tempo stabilite da altri, particolarmente da Heise, *Disegno di un sistema di dritto civile comune*. Heidelberg, 1807: benchè, propriamente parlando, Hugo abbia in ciò fatto il primo passo. *V.* la 1. ed. delle sue Instituzioni, 1789. Ma l'Heise aggiunse altresì la *in integrum restitutio* come una parte speciale, e Mackeldey seguitò il suo esempio. Dipoi Thibaut, staccando dal suo sistema, nella 7. edizione, il 3. volume trattante della procedura, avea nonpertanto conservato il procedimento in materia di concorso o di ordine; il che indusse il Mackeldey a formar di questa materia una sesta parte. Ma nessuno negherà, non esser punto conveniente l'inserire queste due parti nel sistema. Infatti, Thibaut ha modificato tal punto nella sua 8ª edizione; e se Mackeldey ci vivesse, si accorderebbe certamente con noi nel mantenere il sistema tal quale esso è delineato più sopra, e nel dividere in più convenevol maniera le materie degli ultimi due libri (a).

(a) Questa avvertenza si legge nella traduzion francese, e noi nella nostra ne profittiamo, seguitando la stessa division delle materie trattate nella *parte speciale*. (*Trad.*)

SEZIONE II.

DELLE PERSONE.

§. 121. *Idea della persona in generale.*

La parola *persona*, nella sua primiera accettazione, significa un uomo dalla legge risguardato siccome capace di avere de' dritti (1). Ma la giurisprudenza, per via di astrazioni e di finzioni, ha dato una grande estensione a siffatta idea primitiva, inquantochè sotto il legale rapporto sonovi taluni enti astratti, ed anco talune cose, che sebbene non appartengano all' umana generazione, si considerano pur come persone, quando godono di certi diritti. A così fatta estensione data all' idea di *persona* si riferisce la division delle persone in *fisiche* e *morali;* le quali ultime ancor meglio son chiamate *persone giuridiche*, ovvero *astratte* (2).

§. 122. *Homo, qui plures personas sustinet* (3).

Spesso pure il vocabolo *persona* non altro dinota che la qualità, mercè della quale altri ha taluni dritti ed è sottoposto a talune obbligazioni (4). Avviene adunque di frequente, che un solo uomo riunisca nella sua persona più qualità cosiffatte (*ut unus homo plures sustineat personas*), e che pertanto i suoi dritti e doveri sieno tra sè differenti. Uopo è adunque, in tal caso, primieramente esaminare in qual delle sue qualità egli ha operato, e ciò ch' egli abbia fatto in una qualità, non gli può pregiudicare in un' altra (5). Così d' altra banda, non può egli trasferire i privilegi che gli appartengono in una qualità, a quei diritti ch' egli possiede in un' altra (6).

(1) Secondo il dritto naturale, ogni uomo, com' ente dotato d' intelligenza, è capace di dritti, e per conseguente una persona. Può altrimenti essere in ragion positiva. Lo schiavo, per esempio, è un uomo, ma il dritto romano non riconosceva in lui nessuna legale capacità, nè tenevalo in conto di persona. § 4, J. I, 16.—Teofilo, sul § 2, J. II, 14 (a).

(2) Il dritto romano qualifica eziandio la persona fisica: *persona singularis*, per opposito di *collegium, corpus, curia*. fr. 9, § 1, D. IV, 2.

(3) Jo. Nic. Hert, *De uno homine plures sustinente personas;* ne' suoi *Opusc.* vol. 1, t. 3. p. 27.

(4) In tal rapporto, si distingue la *persona publica* dalla *privata*. § 5, J. I. 20.

(5) Per esempio, § 4. J. II, 18.—fr. 3, D. I, 7.—Const. 26, C. V, 37.

(6) A cagion di esempio, fr. 38, D. IV. 4.—Const. 2, C. II, 29.

(a) Il significato dall'autore esposto del vocabolo *persona*, non era il primitivo, com'egli dice nel testo. Lasciamo stare il senso grammaticale della parola, secondo il quale e noto che persona in primo tratto significò maschera ovvero personaggio di commedia: ma nello stesso significato legale, la persona primieramente designò non l' uomo capace di dritti, ma l' uomo semplicemente, intantochè anche allo schiavo tal nome si apparteneva, ed effettivamente gli si trova dato in molti luoghi del dritto romano: L. 215, D. *de verb. sign.* L. 22 *de reg. jur.* etc. E nelle stesse Instituzioni si legge: « Summa itaque divisio de jure *personarum* haec est, quod *omnes homines* aut liberi sunt, aut *servi*. » In seguito poi, la persona significò non lo stato semplicemente, ma lo stato civile degli uomini. (*Trad.*)

CAPITOLO I.

DELLE PERSONE FISICHE.

§. 123. I. *Della capacità in generale.*

Una persona fisica è un uomo capace di aver de' dritti. La capacità legale di un uomo consiste nelle qualità ch' egli dee possedere perchè possa avere ed acquistare de' dritti. Siffatta capacità è o *generale* o *civile*. Nessun'altra condizione che quella di *uomo*, è richiesta per la capacità *generale* o vogliam dire *naturale*. Il dritto romano non riconosce per uomo che l' individuo nato della donna con una forma umana; poco importando se questo o quel membro del suo corpo sia deforme (*portentum, ostentum*): ma quando l' umana forma gli manchi, esso il riguarda come un mostro (*monstrum*), e dichiaratolo incapace di alcun diritto acquistare (1). D' altro lato, per una finzion di dritto, il figliuol conceputo è, quando si tratta del suo proprio interesse, considerato come s' ei fosse già nato: *Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur*. Egli adunque conserva insino al suo nascimento tutte le ragioni che avrebbe avute o acquistate, s' ei ci fosse già stato nell' ora che tali ragioni sono a lui pervenute (2). Ma per poter godere così fatto vantaggio, è di necessità ch' egli sia nato *uomo*, *vivente* e *vitale* (3).

§. 124. II. *Della capacità civile presso i Romani, in particolare* (4).
1. *Idea e specificazion dello stato (status).*

Appresso i Romani, non ogni uomo era una persona nè ogni persona godeva dello stesso grado di civile capacità; ma dipendeva questo dalla esistenza di talune civili qualità, determinate così dal pubblico dritto come dal privato.

A. Ora, la particolar qualità costituente la *capacità civile*, chiamavasi tra i Romani *stato* (*status* ovvero *caput*); e tre differenti stati si contavano:

1. Perchè un uomo potesse generalmente avere de' dritti ed essere in conto di una persona, doveva egli esser *libero*: in tal qualità di uomo libero consisteva lo *stato di libertà* (*status libertatis*), e da così fatta distinzione è venuta la division degli uomini in *liberi* e *schiavi* (5). I liberi uomini era-

(1) Fr. 14, D. I, 5. — fr. 38, 135, D. L. 16.

(2) Fr. 7, D. I, 5: « Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, *quoties de commodis ipsius partus quaeritur;* quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. » — fr. 26, D. ibid. — fr. 231, D. L, 16. — I seguenti luoghi contengono delle applicazioni di detta regola: fr. 3, D. XLVIII, 19 — fr. 18, D. I, 5. — fr. 30, § 1; fr. 84, D. XXIX, 2. — fr. 7, § 1, D. I, 9. — Const. 1, 2, C. VI, 29. — fr. 3, D. V, 4. — Mallinkrodt, *De statu nondum natorum*. Giessae. 1782.

(3) Const. 2, 3, C. VI, 29. Non si può generalmente determinare in quali casi debbasi un bambino riguardar come vitale. Ordinariamente si dice non poter egli esser tale prima del 182° giorno, ed in sostegno di questa opinione si allegano i fr. 12, D. I, 5; e fr. 3, § 12, D. XXXVIII, 16. Ma questi due luoghi non parlan punto della *vitalità*; il primo si applica alla *legittimità*, ed il secondo alla *ingenuità* de' figliuoli.

(4) Caio, I, 9 e seg. — Ulpiano, tit. I-V. Inst. I, 3-8. — Dig. I, 5.

(5) Caio, I, 9. — Pr. J. I, 3. — Fr. 3, D. I, 5. — Gelderman, *Spec. ad titulum tertium libri I Institutionum imprimis ad ejus tituli principium*. Groening. 1808.

no essi stessi divisi in *ingenui* (*ingenui*) ed *affrancati* (*liberti* rapporto al loro patrono, *libertini* rapporto al loro proprio stato) (1).

2. L'uomo libero godeva tutti i dritti stabiliti dalla ragion di natura e delle genti (*jus naturale et gentium*); ma la sola libertà non dava per ancora la capacità di esercitare i dritti politici e quelli derivanti dalla ragion civile (*jus civile*): uopo era inoltre, per acquistar lo esercizio di cotali diritti, che l'uom libero fosse *cittadino romano*. Questa qualità formava lo *stato di cittadinanza* (*status civitatis*), e ad essa ha rapporto la division degli uomini liberi in *cittadini* e *forestieri* (*cives et peregrini*) (2).

3. Il pieno ed intiero esercizio della civil capacità, oltre allo stato di libertà e a quello di cittadinanza, richiedea che l'uomo appartenesse ad una *famiglia* (*familia*). Lo stato di famiglia, *status familiae* o, come i giureconsulti dicevano, il *familiam habere*, ha differente significato, secondo il doppio rapporto sotto cui lo troviamo nel dritto romano:

a) Perchè un cittadin romano potesse avere ed acquistar per sè de' diritti civili, e tener sotto alla potestà sua altre persone, richiedevasi ch' ei fosse *homo sui juris*, cioè a dire che non dipendesse da persona. Sotto questo rapporto, lo *stato di famiglia* consisteva nel diritto di essere indipendente da qualunque strania potestà (*sui juris esse*), ed era fondamento alla division delle persone in *homines sui juris* ed *alieno juri subjecti* (§ 125).

b) Perchè un cittadin romano potesse avere ed usar taluni diritti, segnatamente il dritto di successione legittima e di tutela, uopo era ch' egli fosse *agnato* nella famiglia in cui cosiffatti diritti pretendeva (§ 137), e sotto tale rapporto, lo stato di famiglia (*status familiae*) consisteva nella qualità di agnato di una certa famiglia (3).

B. Questi tre stati eran tra loro nel seguente rapporto: la libertà poteva esistere di per sè sola, e solo per sè; il *diritto di cittadinanza* dipendea dalla libertà, e la *famiglia* dipendea dal dritto di cittadinanza. Pertanto, la perdita di uno stato subordinato alla esistenza di un altro, portava seco ad un punto la perdita di questo (§ 126).

Allato a questi tre stati principali, eravene ancora un altro: la intatta reputazione del cittadin romano (*status illaesae existimationis*) era per lui

(1) Caio, I, 10-12. — § 5, J. I, 3. — fr. 5, D. I, 5. — Degli schiavi romani, *v.* particolarmente Einecio *Antiquit.* lib. 1, tit. 3-8. — Otto Goeschen, *Diss. per eum hominem qui serviat quemadmodum nobis acquiratur*. Gœtt. 1832. — Madai, *Die* slaln liberi *des ræm. Rechts*. Halla, 1834 (a).

(2) I latini (*latini*) formavano un grado di mezzo tra i cittadini (*cives*) e i forastieri (*peregrini*). — Cpr. Enecio, *loc. cit.* Append. al lib. 1.

(3) Fr. 195, § 2, 4, 5; fr. 196, pr. D. L, 16. Della *familia* e della *gens*, nel senso del romano dritto, *v.* Niebhur, *Storia romana*, 1. parte, 2. ediz. p. 26. — Deiters, *Diss. de civili cognatione et familiari nexu ex jure romano et germanico*. Bonnæ, 1825. — Heiberg, *De familiari patriciorum nexu*. Slesvici, 1829 (b).

(a) Per migliore intendimento ripetiamo la avvertenza da tutti i chiosatori fatta, dietro l'esempio di Lorenzo Valla; tra i vocaboli *Libertinus* e *Libertus* esser questa differenza, che il primo è correlativo d'*ingenuus*, il secondo di *patronus*; cioè, con la voce *Libertinus* designarsi la condizione opposta a quella dell'uomo nato libero, non già fatto, la quale i romani chiamavano *ingenuitas*; per *Libertus* poi significarsi un individuo francato relativamente al suo passato padrone, del quale infatti non si sarebbe potuto dire che il manomesso era libertino, ma dovea dirsi ch' egli era suo liberto. (*Trad.*

(b) Gli *agnati* erano i congiunti per via di maschi, a differenza de' *cognati*, col quale nome disegnavano i Romani le persone congiunte tra di loro per via di femmine. Quanto alla *gens* ed alla *familia*, col primo nome denotavasi un complesso di famiglie derivate da un comune ceppo; e per famiglia intendevasi un complesso d'individui sottoposti alla potestà del medesimo uomo. Perciò i Romani di *gentile* lignaggio oltre al nome loro proprio ed a quello di loro famiglia, usavano prendere eziandio quello di loro gente. (*Trad.*)

la condizione che lo facea degno di esercitar tutti quei politici e civili diritti che la pubblica e privata ragion de' Romani aveva determinati (§ 128); ed ogni attacco contro di quella poteva esser respinto mediante l' *actio injuriarum* (1).

§. 125. 2. *Degli uomini dipendenti o da se medesimi o d'altrui* (homines sui juris et alieni juris).

Un uomo *sui juris* era quello il quale non stava sotto la potestà di un altro; egli chiamavasi altresì *pater familias*. Un uomo *alieni juris seu alieno juri subjectus* era quello che stava sotto altrui potestà, senza distinguere se libero egli fosse oppur no (2). L' uomo *sui juris* poteva solo esercitar tutti i diritti per se medesimo, ed avere altre persone sotto la sua potestà: l' uomo *alieni juris* non poteva, almeno secondo il diritto antico, acquistare ed esercitar generalmente de' dritti, se non per colui dal quale dipendeva, nè poteva alcuna potestà sopra altri avere (3). Il dritto di Giustiniano ha quasi affatto mutato cotale principio; perciocchè per esso il figliuol di famiglia (*filius familias*) può per se stesso acquistare quasi tutti i diritti.

La potestà medesima, la quale un uomo *sui juris* esercitava sopra un altro, era di tre sorte:

1. La *potestas*, che comprendea tanto la potestà del padrone sullo schiavo (*potestas dominorum*), quanto la potestà paterna su' figliuoli e loro discendenti (*patria potestas*).
2. La *manus*, ossia la potestà del marito sulla donna con la quale egli viveva secondo le regole del romano matrimonio.
3. Il *mancipium*, ch' era una potestà simigliante a quella del padrone sullo schiavo, la quale esercitavasi sopra un *libero* uomo, mediante la vendita e la solenne tradizione (*mancipatio*), usata soprattutto nella emancipazione e nell'adozione (*emancipatio et datio in adoptionem*) (4).

Nel diritto di Giustiniano non s' incontra più altra potestà, che la padronale (*potestas dominorum*) e la paterna (*patria potestas*).

§. 126. 3. *Della diminuzion di capo* (capitis deminutio) (5).

La *perdita di uno stato* chiamavasi *capitis diminutio*; la quale, siccome lo stato medesimo, era di tre ragioni (6).

(1) Fr. 15, § 34, 35, 44, D. XLVII, 10.

(2) Caio, I, 48-141. — Ulpiano, IV e V. Inst. I, 8. — Dig. I, 6.

(3) Caio, II, 86-96; III, 163-167. — Ulpiano, XIX, 18. — Inst. II, 9; III, 28 (29).

(4) Sopra la *potestas*, la *manus* ed il *mancipium*, vedi Gans, *Scolii su Caio*, p. 138 seg. — G. Serrurier, *Animadversiones ad locum Gaji de potestate, manu et mancipio* Traj. ad R. 1828. — Del *mancipium* in particolare: Ed Rœcking, *Comm. de mancipii causis*. Berol. 1826.

(5) « Est autem capitis deminutio prioris status mutatio. » Inst. I, 16. pr. *Caput* adunque, tra gli altri significati che si posson leggere ne' Lessici, valeva *stato*. Reputa Otomanno che fosse stato trasferito alla persona quello che, propriamente parlando, andava detto dell'ordine a cui la persona apparteneva; come per esempio, nel caso che uno sia deportato ovvero emancipato, l'ordine de' cittadini ovvero degli agnati è quello che resta diminuito di una testa. Ennecio è di avviso che quel vocabolo fosse venuto dal catasto: perciocchè gli antichi, parlando di questo, quasi sempre si valgono della espressione: *Censa sunt capita civium* 260000. Quando adunque un cittadino mutava stato, dovevasi il suo nome levar via del catasto, e così la cittadinanza era diminuita di un capo: onde poi si cominciò usare *caput* per istato, e *capitis diminutio* per mutamento di quello. (*Trad.*)

(6) Caio, I, 158-163. — Ulpiano, XI, 10-13. — Inst. I, 16. — Dig. IV, 5. — Ennecio, *antiq. rom.* 1, 16. — Il principale luogo concernente questa materia si ha nel fr. 11, D. IV, 5: « *Capitis deminutio.*

1. La gran deminuzione di capo (*capitis deminutio maxima*) avea luogo per la perdita della libertà, la qual naturalmente tiravasi dietro quella altresì degli altri due stati.

2. La mezzana deminuzion di capo (*capitis deminutio media*) era la conseguenza della perdita del dritto di cittadinanza; con la quale perdevasi ad un tempo lo stato di famiglia, ma non la libertà.

Queste due prime sorte di diminuzion di capo, le quali Ulpiano chiama pure *capitis diminutio magna* (1), per opposto alla terza, la qual egli dice *capitis deminutio minor*, davan luogo tra' Romani alla *morte civile*, cioè a dire che chi restava di essere uom libero o cittadino romano, perdeva perciò tutti i dritti civili (*jus civile*), e dovea per tal rispetto esser riguardato come se morto (2).

3. Da ultimo, la piccola diminuzion di capo (*capitis deminutio minima*) effettuavasi quando un cittadin romano, senza perdere lo stato di cittadinanza, mutava famiglia (3). Allorquando è parola della menoma diminuzion di capo, il dritto romano non dice mai *amittitur*, ma solamente *mutatur*; perciocchè l'effetto di ogni siffatta diminuzione si è che l'uomo resti di appartenere alla famiglia fino a quel tempo sua, e ch' egli entri ad un' altra famiglia, ovvero ne formi una nuova, come fa l'emancipato. Si sopportava una piccola diminuzion di capo nel caso della *arrogatio* (4), della *conventio uxoris in manum mariti* (5), della *emancipatio* e della *datio in adoptionem*; finalmente il medesimo era della *datio in mancipium* e della *manumissio ex mancipio* (6), stantechè in tutti questi casi la persona mutava famiglia (*familia mutatur*).

La morte sola non operava giammai, rispetto agli altri, una diminuzion di capo: un fatto derivante dalla ragion civile eravi sempre necessario. Pertanto, il figliuol di famiglia, il qual per effetto della morte del suo padre di famiglia, diventava *sui juris*, non sottogiaceva perciò a veruna diminuzion di capo, e non perdea punto la sua agnazione.

Aveva la menoma diminuzion di capo uno effetto generale; ciò era di

nis tria genera sunt: *maxima*, *media*, *minima*. Tria enim sunt quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, *maximam* esse capitis deminutionem; cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, *mediam* esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, *minimam* esse capitis deminutionem constat. »

(1) Fr. 1, § 8, D. XXXVIII, 7.

(2) Fr. 209, D. L. 17. — § I, J. I, 12.

(3) Ulpiano, XI, 13, dice: « Minima capitis diminutio est, per quam et civitate et libertate salva, *status dumtaxat hominis mutatur.* « Caio, I, 162, e § 3, J. I, 16, dice il medesimo. — Paolo, fr. 11, D. IV, 5, si esprime così: « Cum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse capitis deminutionem constat. » — Cpr. F. C. Corradus, *De minima capitis deminutione*; in ejusd. Peregris L. II, p. 163. — A. Herm. Gmelin, *Dissert. de cap. dem. minima.* Tuling. 1807. — L. H. de Coll, *Diss. de cap. dem. minima juris antiqui.* Jenæ, 1810. — Petr. F. Delters, *Diss. de civili cognatione et familiari nexu ex jure romano et germ.* Bonnæ, 1825, § 22. — Du Caurroy, nella *Themis*, t. III, p. 151. — Ed. Fr. A. Seckendorff, *Diss. de cap. dem. minima.* Coloniæ, 1828.

(4) Fr. 3, pr. D. IV, 5. — fr. 3, § 2; fr. 40, pr. D. I, 7. — Aveva luogo la menoma diminuzion di capo per la *erroris causæ probatio*, della qual ragiona Caio, I, 67 e seg., e più tardi per la *legittimazione*? § 13, J. I, 10. — Cpr. Caio, II, 141-143.

(5) Caio, I, 162; III, 82-84; IV, 38. — Ulpiano, XI, 13.

(6) § 3, J. I, 16. — fr. 3, § 1, D. IV, 5. — fr. 23, D. I, 7. — Particolarmente Caio, I, 162: « Minima capitis deminutio est cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, quod accidit in his, qui adoptantur; item in his qui coemptionem faciunt, et in his *qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur.* » — Cpr. Caio, II, 141.

fare a chi la sopportava (*capite deminutus*) perdere i dritti di famiglia (*jura familiae*) in quella famiglia alla quale egli era fino a quel tempo appartenuto come agnato (1).

§. 127. 4. *Della reputazion civile.*
a. *Nozioni generali.*

La reputazione, in generale, consiste nella stima di cui un uomo gode a cagion delle sue qualità, e quindi nel pubblico riconoscimento del suo merito. Siffatta estimazione e riconoscenza, quando esse hanno per solo principio e fondamento il giudizio del pubblico, si chiamano la *reputazion naturale* ovvero il *buon nome*, differente dalla *civil reputazione*, la qual consiste nello aver la qualità di cittadino dello Stato, e poter perciò l'uomo pretendere tutti i diritti e privilegi appartenenti a' cittadini. La reputazion civile adunque è la conseguenza della qualità di cittadino, e come lo Stato la conferisce a sua voglia, ed ella si fonda in sulla ricognizione per parte dello Stato, così pure solo questo e le leggi possono a noi ritorla o restrignerla, ma non possono gli altri giudicare se noi abbiamo ad essa diritto oppur no (2).

§. 128. 5. *Della ruputazione in dritto romano* (3).

La repulazion civile, della quale il cittadin romano godeva come tale, si chiamava *existimatio*. La integrità di questa costituiva lo *status illesae existimationis* (4), il qual formava la condizione della piena capacità, o piuttosto della degnità del cittadin romano ad esercitar tutti i politici e civili diritti determinati dalla pubblica e privata ragion de' Romani.

A. Poteva la reputazione perdersi tutta (*existimatio consumitur*): tal era mai sempre il caso della massima e della mezzana deminuzion di capo, perocchè per esse perdevasi il dritto di cittadinanza, condizion di ogni *existimatio* (5); e quindi perdevasi altresì la capacità d' invocare il diritto civile.

B. Potea pure la reputazione esser soltanto minorata (*minuitur*), senza che perciò l'uomo restasse di esser cittadino romano, e tale minoranza non poteva altro tirarsi dietro, che la perdita di alcuni dritti civili particolari (6). Tra le persone non aventi il pieno godimento della reputazion civile, si noveravano:

1. Tutte le persone che l'Editto del pretore o la legge espressamente designava, a cagion di loro vergognosa professione, ovvero di un delitto: del-

(1) Fr. 7, D. IV, 5.—fr. 4, § 10, D. XXXVIII, 10.—fr. 11, D. XXXVIII, 16.—fr. 6, § 1, D. XXXVII, 1.—Ulpiano, XI, 9.—Caio, I, 158, 163.—Il dritto romano dice dapertutto: « *Jus agnationis perimitur s. corrumpitur*: » questa era la prima ed immediata conseguenza della menoma diminuzion di capo, e tale effetto ne formava il vero fondamento.

(2) Cpr. fr. 5, § 1, D. L, 13.

(3) Doneau, *Comm. jur. civ.* XVIII, 6.—Buchardi, *De infamia et disciplina Romanor.* Kil. 1819. — S. J. M. Van Geuns, *Diss. de infamia. legib. rom. constituta.* Traj. ad R. 1823.—A. M. J. Molitor, *Diss. De minuta existimatione ex jure romano.* Lovanii, 1824.

(4) Fr. 5, § 1, D. L. 13: « *Existimatio* est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut *minuitur* aut *consumitur.* »

(5) Fr. 5, § 2, 3, D. ibid.

(6) *Diritti politici*: fr. 1, pr. D. XLVIII, 7.—fr. 40, D. XLVII, 10.—Const. 2, 12, C. XII, 1.—fr. 1, § 5, 6, D. III, 1.—fr. 4, D. XLVII, 23.—fr. 4, 8, D. LXVIII, 2.—fr. 1, 2, D. I, 22.—*Diritti civili*: fr. 18, § 1, fr. 20, § 5; fr. 26, D. XXVIII, 1.—fr. 14, 15, D. XXII, 5.—fr. 44, D. XXIII, 2.—Const. 27, C. III, 28.

le quali è chiaro che non meritavano di pienamente goder la civile reputazione. Chiamavansi *infames, quos lex notavit, qui infamia notati sunt* (1): i moderni nominano questa sorta d' infamia, *infamia juris*. Ma qui avea luogo ancora un'altra distinzione; perciocchè

a) In alcuni casi la infamia aveva luogo di presente (*notatur qui fecerit*), sì tosto ch'erasi acquistata la certezza di avere uno commessa l'azione ovvero pigliata la professione infamante: nel qual caso non si richiedeva nè instruzion giudiziaria, nè giudizio; anzi questo in molti casi così fatti non era neppure ammesso (oggidì, *infamia immediata juris*). Di tal sorta eran coloro i quali per danari si mostravano ne' teatri e nel cerchio, *qui artem ludicram faciunt* (2); i mercatanti di prostituzione, *qui lenocinium faciunt* (3); le prostitute pubbliche, *quae palam quaestum faciunt* (4), e gli uomini volontariamente soddomiti (5); i maggiori di età i quali infrangevano una transazion giurata e liberamente consentita (6); quelli che si davano all'usura (7); quelli i quali si fidanzavano oppur maritavansi con più persone ad un tempo (8); le vedove rimaritatesi prima che l'anno del lutto fosse terminato (9); i tutori i quali, prima della maggiore età delle loro pupille, le sposavano oppur maritavanle con un loro figliuolo, nel qual caso anche quest'ultimo incorreva la infamia (10); le donne sorprese in flagrante delitto di adulterio (11); i debitori i quali non cedevano volontariamente i loro averi a' creditori, e sì gli astringevano a farsi mandare in possesso de' beni, *missio creditorum in bona* (12); finalmente i soldati congedati per ignominia, *ignominiae causa* (13).

b) In altri casi, per contrario, l'infamia era la conseguenza di una condanna per delitto o della pena incorsa (*notatur qui damnatus erit*; oggidì: *infamia juris mediata*). Tal era il caso di tutti i delitti pubblici ordinari e di alcuni degli straordinari (14); tal era altresì il caso di alcuni delitti privati, segnatamente del furto, della rapina e della ingiuria (*furtum, rapina, injuria*); ed anche chi facea con la persona danneggiata una transazione per impegnarla a non richiamarsene, incorreva l'ignominia (15); da ultimo, l'infamia notava il condannato per ruberia, ne' contratti fondati massimamente in sulla personal confidenza, come per esempio il mandato, il deposito, la società, la tutela (*mandatum, depositum, societas, tutela*) (16).

2. Le persone le quali, per la loro sregolata condotta o pel loro vile esercizio, *vitae turpitudo* (a cui nondimeno la legge non avea, propriamente parlando, annessa l'infamia), si esponevano alla perdita della civile reputazione, e diventavano per ciò medesimo indegni della stima de'loro concittadini. I moderni nominano questa sorta d' infamia, *infamia facti*; i

(1) Dig. III, 2. — Codice, II, 12. — Gluck, *Comm.* 5. parte, § 374 e seg.

(2) Fr. 1, § 6, D. III, 1. — fr. 1; fr. 2, § ult.; fr. 3, D. III, 2.

(3) Fr. 1; fr. 4, § 2, 3, D. III, 2. — fr. 43, § 6-9, D. XXIII, 2.

(4) Fr. 24, D. III, 2. — fr. 41, pr.; fr. 43, pr., § 1-5, D. XXIII, 2.

(5) Fr. 1, § 6, D. III, 1. — Const. 31, C. IX, 9.

(6) Const. 41, C. II, 4.

(7) Const. 20, C. II, 12.

(8) Fr. 1; fr. 13, § 1-4, D. III, 2. — Const. 2, C. v, 5. — Const. 18, C. IX, 9.

(9) Fr. 1, fr. 11, § ult.; fr. 12; fr. 13, pr. D. III, 2. — Const. 2, C. V, 9.

(10) Fr. 66, pr. D. XXIII, 2. — Const. 7, C. V, 6.

(11) Fr. 43, § 12, 13, D. XXIII, 2.

(12) Const. 11, C. II, 12. — Const. 8, C. VII, 71.

(13) Fr. 1; fr. 2, pr. § 1-4, D. III, 2. — Const. 3, C. XII, 36.

(14) Fr. 1, D. III, 2. — fr. 7, D. XLVII, 1. — fr. 1, 4, D. XLVII, 15. — fr. 1; fr. 3, pr. D. XLVII, 12. — fr. 2, D. XLVII, 10. — fr. 4, § 4, D. III, 2. — Const. 12, C. II, 12.

(15) § 2, J. IV, 16. — fr. 1; fr. 4, § 5, D. III, 2. — fr. 7, D. XLVIII, 1.

(16) § 2, J. IV. 16. — fr. 1; fr. 4, § 5, D. III, 2. — fr. 7, D. XLVIII, 1.

dannosi effetti della quale erano, almeno secondo il dritto posteriore, gli stessi che quelli della *infamia juris* (1).

3. Le persone le quali tra' Romani erano segnate di una lieve nota, *levis nota*. Alla qual categoria non appartenevano altri che gli schiavi liberati, e i figliuoli degli strioni; e l'effetto di tal lieve nota era che i Senatori e loro figliuoli non potevano contrar matrimonio con tal qualità di persone, e che un testatore non poteva istituirle eredi, in pregiudizio de' propri fratelli e sorelle (2). Tutte le persone, la cui naturale e civil reputazione non era illibata, si chiamavano generalmente *personae turpes* (3).

§. 129. III. *Delle altre cose, le quali differenziano gli uomini.*

Oltre alle qualità dell'uomo, sulle quali fondavasi appo i Romani la naturale e civil capacità (§§ 123-128), deve eziandio il dritto considerar nell'uomo molte altre qualità e relazioni, le quali formano per lui la condizione di taluni dritti, ovvero che, senza esser la condizion della capacità di una persona, hanno pure una certa efficacia sopra i suoi diritti. Questa sola considerazione dovrebbe di già impedir di dare a queste altre qualità egualmente il nome di *stati* (*status*), com'egli avviene ancor sovente (4); perciocchè tra' Romani siffatto vocabolo, nel suo verace senso, si riferisce soltanto alla *civile capacità*. Quanto alle qualità ed a'rapporti personali di un uomo godente la civil capacità, ed efficaci sopra i costui diritti, noi qui ragioneremo solamente di quelli che in dritto romano sono di maggiore momento.

§. 130. 1. *Del sesso.*

Gli uomini, rispetto al sesso, sono o *uomini* (nel significato ristretto della parola), o *femmine*. Quelli, il cui genere è dubbio, son detti *ermafroditi* (*hermaphroditi*); ed a quel sesso appartengono, il quale in essi predomina (5). Per regola generale, i diritti de' due sessi sono i medesimi;

(1) § 2, J. IV, 16. — fr. 1; fr. 5, § 6, 7, D. III, 2. — fr. 56, D. XVII, 2. — La semplice colpa (*culpa*) non portava infamia: § 6, J. 1, 26 (a). fr. 3, § 18; fr. 4, § 1, 2, D. XXVI, 10. — Const. 9, C. V, 43.

(2) Fr. 3, pr. D. XXII, 5. — fr. 2, D. XXXVII, 15. — fr. 12, D. L, 2. — Const. 2, C. XII, 1. — Const. 27, C. III, 28.

(3) Ulpiano, XIII, XVI, 2. — fr. 44, pr. § 5, D. XXIII, 2. — fr. 5, D. XL, 11. — Const. 27, C. III, 28. — Ennecio, *De levis notae macula*. Halæ, 1720, e ne' suoi *Opusc.* p. 266. — L'errore per cui è stata nominata *levis notæ macula*, deriva dall'essersi franteso quel passo della citata Const. 27, in cui veramente la parola *macula* si riferisce non pure a *levis nota*, ma eziandio ad *infamia* e *turpitudo*.

(4) I dritti moderni, sopra siffatta materia, differiscono affatto dal dritto romano.

(5) I moderni intendono per le parole « *status hominis* » generalmente tutte le qualità personali da cui dipendono taluni diritti, e dividono lo stato in naturale (*status naturalis*) e civile (*status civilis*). Il primo si applica alla natural capacità (§ 123) e ad altre fisiche qualità di qualche momento nella determinazion de' diritti; esempligrazia il sesso, la età, lo stato di sanità: il secondo poi dinota la capacità civile, particolarmente i tre stati del romano dritto (§ 124), come pure alcune altre civili qualità efficaci su' diritti; per esempio l'onore, la religione, la professione. — Westenberg, Pr. D. I, 5, § 4 e seg. — Hellfeld, *Iurispr. for.* § III. — Hæpfner, *Comm.* § 62. — Thibaut, *System.*, § 207. Ma tutta l'esposta dottrina, e la division dello stato la quale da essa deriva, non è di drito romano.

(6) Fr. 10, D. I, 5: « Quæritur herma-

(a) Distinguevasi in dritto romano il dolo (*dolus*) dalla colpa (*culpa*). Dolo era ogni astuzia e macchinazione adoperata per trappolare altrui: fr. 1, § 2, *de dol.* Colpa è poi ogni fatto, col quale si faccia veramente altrui danno e torto, ma senza disegno e proponimento di malfare: perciò per sinonimi di colpa si trovano la pigrizia, la negligenza, la inettezza, *segnities*, *negligentia*, *ineptia etc.* Ma se la colpa era troppo grande (*culpa lata*) non salvava la reputazione, *quia ista prope fraudem accedit, in doli crimen cadit.* (*Trad.*)

nondimeno siffatta regola è soggetta ad un gran numero di restrizioni in ciò che riguarda le donne (1).

§. 131. 2. *Della età.*

L'età pone egualmente una differenza tra gli uomini, i quali sono per tal rispetto o *maggiori* o *minori* (*majores aut minores 25 annis*).

L'uomo, senza distinzion di sesso, è maggiore (2) quando egli è giunto alla età di 25 anni (3). Per eccezione, il minore è riguardato come maggiore, s'egli ottiene una dispensazione di età (*venia aetatis*), cioè a dire s' egli è dichiarato maggiore dal Principe; nel quale caso però si ricerca che l'uomo sia pervenuto a' 20 anni e la donna a' 18 (4).

I minori sono *puberi* (*puberes*, *adulti*, *adolescentes*) ovvero *impuberi* (*impuberes*) (5): l'uom diventa pubere all'età di 14 e la donna all'età di 12 anni compiti (6). Gli impuberi si dicono, insino all' età di sette anni, e senza distinzion di sesso, *infanti* (*infantes*) (7). Dall'età di sette anni infino alla pubertà essi sono o *infantiae* o *pubertati proximi* (8), secundochè l'età loro è più vicina della infanzia ovvero della pubertà.

phroditum cui comparamus? et magis puto ejus sexus æstimandum qui in eo prævalet. » Il fr. 15, § 1, D. XXII, 5, contiene un'applicazion di siffatto principio: « Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit. » Coccejus, *Jus contr.* lib. 1, t. V, quest. 3.

(1) Fr. 9, D. I, 5.—fr. 1, § 5, D. III, 1.—fr. 1, 2, D. XVI, 1.—fr. 16, 18, D. XXVI, 1.—fr. 20, § 6, D. XXVIII, 1.—§ 10, J. I, II.

(2) *AEtas legitima.* Della *lex Plaetoria*, v. Savigny, *Ueber die lex Plaetoria.* Berlino, 1833 (a).

(3) Const. 5, C. VI, 53.—Const. 2, C. II, 45.

(4) J. F. Scheffer, *De venia aetatis.* Argentor. 1782,—Sulla citata constituzione 2, v. Gluck, *Comm.* P. 31, p. 144 e seg.

(5) Se l'impubere è *sui juris*, chiamasi *pupillo (pupillus).* fr. 239, pr. D. L, 16.—La età impubere si dice pure *prima aetas*; quella della pubertà insino al l'età maggiore, *secunda aetas.* Const. 30, C. I, 4.—Const. 10, C. VI, 26.—Nov. 72, pref.

(6) Pr. J. I, 12.—Const. 3, C. V, 60.—A. G. Cramer, *De pubertatis termino ex disciplina Romanorum.* Kilon. 1804.—Circa la piena pubertà, ond'è quistione nel § 4, J. I, 11, e fr. 40, § 1, D. I, 7, e di cui i tre seguenti luoghi contengono delle applicazioni, fr. 14, § 1, D. XXXIV, 1; fr. 57, D. XLII, 1; Nov. CXV, c. 3, § 13; vedi Dirksen, *Beitraege zur Kunde des Ræm. Rechts*, p. 289.

(7) Const. 8, C. Th. VIII, 18.—Const. 18, pr. C. VI, 30.—Nel tempo innanzi, secondo una molto propria etimologia, *infans* significava *qui fari nondum potest.* fr. 65, § 3, D. XXXVI, 1.—fr. 70, D. XLV, 1.—Const. 26, C. VIII, 54.

(8) Fr. 111, pr. D. L. 17.—§ 10, J. III, 19 (20).—§ 18, J. IV, 1.—fr. 14, D. XXIX, 5.—Jac. Gothofredus, *Comm. ad tit. D. de R. J.* ad L. 111.

(a) La qual legge è qui mentovata, perchè da essa fu posto il termine della minore età nell'anno ventesimoquinto. E questo termine alcuni vogliono che sia da natura, altri per opposto ch' egli sia di ragione puramente positiva. I primi dicono con Ulpiano (fr. 1, D. XXVII, 1) che *post hoc tempus completur virilis vigor*, e che tale è pure la sentenza dei Fisici, i quali insegnano che nel 25° anno, quando il corpo resta di crescere, anche l'anima al sommo grado della sua perfezione perviene, ed in tale età solamente si veggono evidenti segni del vigore dell'animo e della costanza della mente, per effetto dell'acquetamento di quella perpetua agitazione o perturbazion degli umori, alla quale la crescente gioventù è soggetta. In contrario si allega, da nessuna legge di natura esser diffinito appuntino il termine proprio della compiuta età dell'uomo; e che se Pletorio trascelse il 25° anno, ei fu perchè i Romani comunemente (come oltre a'libri di dritto, si può vedere in Plinio, Seneca, ed altri) ponevano il più lungo termine della umana vita a cento anni, e quel consolo attribuir volle alla gioventù il primo quarto di detto spazio, ch' è appunto di anni 25. Sì l'una che l'altra opinione è lontana dal vero, in quanto che nè la natura determina proprio l'anno della perfetta età dell'uomo, nè il dritto positivo potrebbe a suo pieno arbitrio determinarla. Ed il medesimo pare che abbiano avvisato i nostri legislatori, i quali non a 25 anni, ma neppur troppo discosto fanno finire la minore età, cioè agli anni ventuno. (*Trad.*)

La *vecchiaia* (*senectus*), la qual fa l' uom franco da' pubblici carichi, non comincia prima della età di 70 anni finiti (1).

§. 132. 3. *Dello stato di salute.*

Considerati rispetto allo stato di sanità del *corpo*, gli uomini sono *sani* (*sani*), ovvero *ammalati* (*morbo laborantes*) (2), o pure *infermi*, cioè a dire travagliati da perpetua infermità (*vitio laborantes*) (3).

In quanto alla integrità dell'*animo*, taluni godono della piena lor ragione, tali altri no, e la libertà della volontà manca a costoro. Sono questi ultimi, secondo lo stato ed il grado differente di lor mentale malattia, o furiosi (*furiosi*), o mentecatti (*mente capti*), o dimentati (*dementes*) (4). Vi si debbono aggiungere, sotto certi rapporti, gli uomini *semplici* e *balordi* (*simplices et stupidi*).

§. 133. 4. *Del parentado.*
a. *Nozione di parentado.*

Il *parentado* (*cognatio*) è un vincolo tra due o più persone congiunte dal medesimo sangue. Se queste persone non formano che una sola e stessa famiglia, o almen la formerebbono se il loro *pater familias* fosse ancor vivo, la lor parentela prende il nome di *agnatio*. Per opposto alla agnazione, la qual non può aver luogo se non per via di maschi, la parentela prodotta dal natural rapporto del legame del sangue e che può aver luogo tanto per via di maschi, quanto per via di femmine, si chiama *cognatio naturalis* (5). L'adozione non dà luogo alla *cognatio naturalis*, si bene all' *agnatio*. Per parte di donne non si può avere, se non una *cognatio naturalis* (6).

(1) § 13, J. I, 25.—fr. 2, pr. D. XXVII, 1.—fr. 3, D. L. 6.—Const. 10, C, X, 31. Const. un. C. V, 68.—La Const. 3, C. X, 49, non fa contro.

(2) Se la malattia fa l'uomo inabile ad ogni sorta di occupazione, essa ha nome di *morbus sonticus*. fr. 113, D. L. 16.

(3) Fr. 101, § 2, D. L, 16. Noi comprendiamo in questo luogo gli impotenti ed i castrati *(Spadones et castrati)*.—fr. 128, D. L, 16.—fr. 6, § ult. fr. 7, D. XXI, 1.—fr. XXXIX, § 1, D. XXIII, 3.—fr. 6, pr. § 1, D. XXVIII, 2.—fr. 40, § 2, D. 1, 7.—§ 9, J. I, 11.—Dipoi, i sordi, i muti, e i sordi e mutoli, § 3, J. II, 12.—fr. 1, § ult. D. XLIV, 7.—fr. 1, § 3, D. III, 1.—fr. 4, D. XXIX, 11.—Const. 10, C. VI, 22.—R. Tob. Guyot, *Dissertatio de jure surdo-mutorum*. Goening. 1824.

(4) Cicerone, *Tusc. Quaest*. 3, 5.—Quelli i quali sono stati dichiarati *prodighi* dalla giustizia *(prodigi, quibus bonis interdictum est)* sono pareggiati a' mentecatti ed a' furiosi, in quanto al maneggio de' loro beni. Fr. 1, pr. D. XXVII, 10.—§ 3, 4, J. I, 23.

(5) Quando il nome di cognazione opponesi all'agnazione, non ha punto il significato in questo luogo datogli dall'autore. Perciocchè questa materia vuolsi chiaramente e propriamente divisare così. Il nome di cognazione è per se stesso generale, intendendosi per cognati tutti quelli che per ragion di sangue, o anco di adozione, sono congiunti, epperò eziandio gli agnati; come si vede per quel che l'autore medesimo ne dice in principio di questo §, e per la definizion degli agnati data da Giustiniano: *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti etc.* Ma quando poi il medesimo nome usavasi per opposto a quello di agnazione, esso restringevasi a quella sola specie di cognazione la qual si forma per via di femmine: fr. 4, § 3; fr. ult. § 1, 2, D. XXXVIII. 10.—Il quale uso di porre il nome del genere ad una delle specie in esso comprese, è molto frequente nel dritto romano *(cum plura sint negotia, quam vocabula*, fr. 4, D. XIX, 5), siccome si può osservare nelle parole di adozione, servitù, contratto, azione, ed altre assai. *(Il Trad.)*

(6) Fr. 4, § 2, D. XXXVIII, 10. — Il dritto canonico parla ancora di una parentela spirituale (*cognatio spiritualis)*, la qual nasce dal battesimo, ma che secondo il novello diritto, non è più se non tra il battezzante ed il patrino da un la-

Qualunque agnazione, naturale o civile, era distrutta dalla diminuzion di capo; ma la cognazion naturale non portava da ciò verun cangiamento (1).

§. 134. b. *Delle specie di parentado.*

I parenti sono tali o perch' essi discendono gli uni dagli altri, sia che immediatamente, sia che per mezzo di altra persona, o perch' essi discendono da un comune progenitore. Nel primo caso hassi l' idea della *linea retta* (*linea recta*), e le persone in siffatta linea parenti si chiamano *ascendenti* e *discendenti*: la serie delle persone dalle quali io discendo, è la mia linea ascendente (*linea superior s. ascendens*); la serie poi delle persone le quali da me discendono, è la mia linea discendente (*linea inferior s. descendens*). Nel secondo caso, hassi l' idea della *linea collaterale* (*linea transversa s. obliqua*) (2), e le persone non altramente imparentate che per discendere da un comune progenitore, si dicono *collaterali* (*ex latere venientes*; in latino moderno, *collaterales*) (3).

Allorchè di due collaterali uno viene immediatamente dopo il comun ceppo, mentrechè l' altro n' è più lontano, i moderni denotano cosiffatta relazion di parentado col termine barbaro *respectus parentelae*, dovechè i Romani delle persone a tal modo parenti dicono: *parentum liberorumve locum obtinent* (4).

La totalità di più persone discendenti da un ceppo comune (*stipes communis*) chiamasi *stirpe* (*stirps*) ovvero *linea*; la qual linea può a sua volta dividersi in più altre.

lo, e il battezzato e i suoi genitori dall'altro. Il medesimo avviene per la cresima. I protestanti non riconoscono così fatto parentado. — *Decret. Gregor.* IX, lib. IV, tit. 2. — *Conc. Trident.* Sess. 24, c. 2, *de reform. matr.* — Vedi inoltre: Inst. III, 6. — Dig. XVIII, 10. — *Decret. Greg.* IX, lib. IV, tit. 12, 14, 17 (a).

(1) Se per cognazion naturale s'avesse ad intendere il semplice vincolo del sangue, l'autore direbbe bene, anzi meglio avrebbe fatto a non dire affattoche la diminuzion di capo non distrugge siffatto vincolo, perchè troppo è chiaro che nessuna legge del mondo può fare che mio fratello, mio padre ecc. non mi sieno più tali. Ma non potendosi in un trattato di dritto considerare il natural vincolo, se non per le ragioni ad esso annesse, doveva nell'ultimo periodo del presente § farsi menzione della restrizione aggiuntavi da Giustiniano, dove interpetrando le sue stesse parole, ei dice: « Quod autem dictum est, manere cognationis jus etiam post capitis deminutionem, hoc est, si minima capitis diminutio interveniat; manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio interveniat, jus quoque cognationis perit; puta servitute alicujus cognati: et ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur. « § 6, J. I, 16. E la ragione per cui i maggiori mutamenti di stato scioglievano le ragioni di cognazione non men che quelle delle agnazioni, era perchè la massima e la mezzana deminuzion di capo erano pareggiate, in quanto a' civili effetti, alla stessa morte naturale: « Intereunt homines quidem maxima aut media capitis deminutione, aut morte. « fr. 63, § 10, D. XVII, 2.
(*Il Trad.*)

(2) Fr. 9; fr. 10, § 9, D. XXXVIII, 10. — La ragion canonica divide i collaterali in eguali e disuguali, secondo che essi sono egualmente o disugualmente distanti dallo stipite comune.

(3) Const. 9, § 1, C. V, 27. — Nov. 118, c. 2, 3.

(4) § 5, J. I. 10.

(a) Prima del Concilio di Trento, i romani pontefici in Occidente, ed i greci nella chiesa di Oriente aveano la detta spiritual parentela estesa infino al settimo grado, cioè molto più in là della carnale; e ciò perchè *major cognatio spiritualis necessitudine carnali*, giusta il detto del sesto Concilio generale, in *Trullo* Ma nella session 24.ª di quel di Trento, per contrario, molti Padri avvisarono che siffatto parentado fosse da togliere all'intutto, e sol dopo lunga e varia discussione furon contenti che si restringesse ne' termini riferiti dal nostro autore. (*Il Trad.*

§. 135. c. *De' gradi della parentela.*

La distanza ch' è tra due parenti si determina da' *gradi*. In ragion romana, ciascuna generazione forma un grado; cosicchè due determinate persone sono parenti in tale grado, qual' è il numero delle generazioni necessario per far parentado tra loro (*tot sunt gradus quot sunt generationes*) (1). Per tal guisa, il padre ed il figliuolo sono in primo grado, l'avolo ed il nipote in secondo, il fratello e la sorella parimente in secondo, lo zio ed il nipote in terzo, i figlinoli di fratello e sorella in quarto grado, ec. (2).

§. 136. d. *Del parentado legittimo e dello illegittimo.*

Il natural parentado è legittimo, quando è ingenerato per via di legittimo matrimonio: è poi *illegittimo*, allorquando egli ha origine fuori del matrimonio.

§. 137. e. *Delle specie di figliuoli illegittimi.*

Il romano dritto distingue:

1. I figliuoli naturali (*naturales*) nati di concubinato, e rispetto a' quali la paternità può eziandio essere ammessa (3);
2. Gli altri figlinoli illegittimi chiamati *spurii et vulgo quaesiti* (4). Si fa particolarmente distinzione tra gli *adulterini*, nati di adulterio, e gli *incestuosi*, nati d'incesto. Qualunque carnale congiungimento al di fuori del matrimonio e del concubinato, era in conto di un delitto (*adulterium*, nel senso largo); ma i figliuoli incestuosi erano particolarmente designati come *ex dannato coitu procreati*.

§. 138. f. *Delle specie di collaterali.*

I collaterali discendenti da una medesima coppia, sono oggidì esclusivamente chiamati *germani* (*germani*) (5); quelli per contrario, i quali discen-

(1) La ragion canonica segue *la stessa* regola nel computo de' gradi nelle linee ascendente e discendente; ma rispetto alla collaterale, essa pone la regola seguente: due collaterali sono parenti nello stesso grado ch' essi il sono col loro stipite comune; nelle linee collaterali ineguali, s'indica il numero di gradi nelle due linee (a). — C. 2, C. XXXV, qu. 5. — Un'opera antica molto importante sopra questa parte è: S. P. Damianus, *De parentelae gradibus*; ne'suoi *Opp.* Bassani, 1783, t. 3, p. 179. — Tra i moderni si fan notare: *Princ. jur. can.* § 389. — Glück, *Comment.* t. 23, § 1209 e 10. — E. A. Laspeyres, *Diss. canon. comp. etc.* Berolini, 1825.

(2) Fr. 1, § 3-7; fr. 3, D. XXXVIII, 10.

(3) L'espressione *liberi naturales* ha nel romano diritto un doppio significato. Si intende per essa: 1° i figliuoli nati di concubinato, per opposto a' legittimi; per esempio, *tit. C. naturalibus liberis* (V, 27). Nov. 89, c. 12. — 2° I figliuoli carnali, per contrapposto a quelli adottivi; per esempio, § 2, J. III. 1.

(4) § 12, J. I, 10 — fr. 23, D. I, 5.

(5) Appo i Romani, *frater germanus* era così quello germano a modo che lo intendiamo noi, come il consanguineo. Preso nel secondo significato, gli si opponeva il *frater uterinus*, cioè il fratello unilaterale per parte della madre.

(a) Per servire alla chiarezza, credo bene riferire la formola comunemente data a questo principio da' canonisti. I quali, accordandosi con la ragion civile in quanto alla linea retta, distinguono poi la collaterale in eguale ed ineguale: e della eguale dicono che quanti gradi uno di due collaterali è distante dallo stipite comune, tanti sono ambidue distanti tra loro: quanto poi alla linea collaterale ineguale, che quanti gradi il più remoto de' due è distante dallo stipite, tanto ambedue s'intendono esser distanti tra loro. (*Il Trad.*)

dano da una stessa persona accoppiatasi con due differenti, si chiamano *consanguinei* (1) ovvero *uterini* (*consanguinei*, *uterini*), secondo ch' essi hanno comune il padre ovvero la madre. I moderni li nominano altresì *unilaterales* oppure *ex uno latere juncti*. Giustiniano chiama i fratelli e sorelle germani, *ex utroque parente conjuncti*; ed i consanguinei ed uterini, *ex uno parente conjuncti sive per patrem solum sive per matrem* (2).

§. 139. g. *Del parentado semplice e del doppio.*

Il parentado è *semplice* overamente *doppio*. Semplice è quando le persone sono imparentate di una sola maniera; doppio, quando esse il sono in più di una maniera. Questo secondo parentado si fa:

1. Quando persone imparentate tra loro procreano figliuoli;
2. Quando due persone ambe imparentate con un terzo, procrean figliuoli;
3. Ovvero quando una stessa persona ha figliuoli da due persone imparentate tra loro;
4. O finalmente, quando due persone congiunte tra loro, procrean figliuoli con altre due egualmente parenti (3). Bisogna guardarsi dal confondere il parentado doppio con quello detto germano, il qual non è in se medesimo altro che un semplice parentado, contuttochè generalmente sia riguardato come doppio.

§. 140. 5. *Dell' affinità.*
a. *Nozione.*

L' affinità (*affinitas*) è quel vincolo che si stabilisce, mediante il matrimonio, tra l' un de' consorti e i parenti dell' altro (4). Essa è fondata sulla unità degli sposi, la qual pone l' un d' essi rispetto a' parenti dell' altro in una relazion somigliante a quella del parentado.

§. 141. b. *De' gradi dell' affinità.*

Propriamente parlando, l' affinità, la qual non si stabilisce per lo nascimento, ma soltanto pel matrimonio, non ha gradi (5). Ma l' idea della unificazion degli sposi, fondamento dell' affinità, per cui l' un degli sposi si approssima a' parenti dell' altro quanto questo medesimo, ha fatto determinar per gradi (6) la distanza dell' affinità; e secondo tal regola, uno è affine all' un degli sposi in quel medesimo grado ch' egli è parente dell' altro (7).

§. 142. *Del domicilio.*
a. *Nozion del domicilio.*

Il domicilio (*domicilium*) è il luogo, ove altri ha fermato sua stanza (8).

(1) I Romani intendevano per *consanguineus* l'agnato più prossimo possibile, per conseguenza altresì il fratello germano. § 1, J. III, 2. — fr. 2, pr. D. XXXVIII, 16. — Caio III, 14.

(2) Novella 118, c. 2, 3. — Cpr. fr. 10, § 13, D. XXXVIII, 10.

(3) Il parentado doppio può eziandio stabilirsi per lo aggiungimento della parentela civile alla naturale; verbigrazia, quando uno ascendente adotta il suo discendente.

(4) Fr. 4, § 3, D. XXXVIII, 10. — Gli sposi tra di loro non sono affini, nè meno i parenti degli sposi tra loro.

(5) Il che conferma pure il fr. 4, § 5, D. XXXVIII, 10, dicendo: « *gradus affinitatis nulli sunt.* »

(6) Bene adunque poteva il giureconsulto Paolo dire: « *Jurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet.* » fr. 10, pr. D. ibid.

(7) C. 3, C. XXXV, quest. 5 — C. 13, 14, C. XXXV, quest. 2.

(8) Dig. L. 1. — Codice, X, 39. — Gluck, *Comm.* t. VI, § 512, 13, e 14. — Chi non ha domicilio fermo, è in diritto chiamato *vagabondo*.

Il domicilio è volontario (*domicilium voluntarium*), quando la elezion di esso dipende dalla nostra volontà: è poi necessario (*domicilium necessarium*) quando per una necessità posta dalla legge noi siamo astretti a stanziarci in un determinato luogo.

A. Due condizioni si ricercano al fermamento del domicilio volontario:

1° Bisogna che uno realmente stabilisca il suo domicilio in un luogo;

2° Ch' egli abbia l' intenzion di dimorarvi, fintantochè particolari ragioni nol persuadano di mutarsene. Una sola di queste due cose non basta (1); e così pure ambedue son richieste per lo *mutamento di domicilio* (2).

B. Hanno un domicilio necessario: i confinati, nel luogo di lor confino (3); i soldati, dove stanno di guernigione (4); gli officiali pubblici, dove esercitano i loro uffici; le donne maritate, nel domicilio del loro marito (*domicilium matrimonii*) (5); e i figliuoli, mentre ch' essi sono sotto la potestà del padre loro, nel costui domicilio, sempre che non l'abbiano stabilito altrove col consentimento dello stesso padre (6).

§. 143. 6. *Della presenza e dell' assenza.*

I. In quanto al domicilio, l' uomo è *presente* o *assente*. L' assente è quello il quale non è presente nel suo domicilio: nulladimeno si riguarda spesso come assente colui che, sebben presente nel suo domicilio, pur è da un ostacolo qualunque, per esempio pazzia ovver prigionia; impedito dal legale esercizio de' suoi diritti (7). L'assenza reale dal domicilio è del resto *necessaria* oppur *volontaria*, e nell' un caso e nell'altro, il buono o almen non biasimevole motivo, oppure il cattivo, spesse volte non è senza efficacia. Per tal rispetto, distinguesi l' assenza in onesta, irreprobabile, e disonorante (8).

II. Relativamente alla *prescrizione*, le parti sono *presenti* quando esse hanno tutt' e due il loro domicilio nella provincia medesima; sono *assenti*, quando lo hanno in differenti provincie (9).

III. Quanto alla presenza necessaria in un affar giuridico, il furioso ed il mentecatto sono altresì considerati come assenti, per esser generalmente incapaci di dare opera ad un qualsivoglia atto giuridico (10).

§. 144. 7. *Dello stato e della professione.*

La diversità dello *stato* e della *professione* è parimenti di grande efficacia sopra il dritto privato. Il romano dritto, coll' accordar taluni privilegi al soldato (*miles*), ha soprattutto favorito lo stato militare (11). Tra i soldati

(1) Fr. 17, § 13, D. L. I: « Sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit. » — Cpr. fr. 27, § I, D. ibid. — Const. 7, C. X, 39.

(2) Fr. 20, D. ibid. « Domicilium *re et facto* transfertur, *non nuda contestatione.* »

(3) Fr. 22, § 3; fr. 27, § 3, D. ibid.

(4) Fr. 23, § 1, D. ibid.

(5) Fr. 22, § 1; fr. 38, § 3; D. ibid. — Cpr. fr. 5, D. XXIII, 2. — fr. 65, D. V. 1. — Const. 9, C. 10, 39.

(6) Fr. 3, 4, D. L. I. Il fr. 6, § 1, ibid. non è contrario, perch'è manifesto che quel luogo non di altro parla che del *forum originis* de' Romani (a).

(7) Fr. 1, § 1; fr. 9, 10, 22, § 2, D. IV, 6.

(8) Cpr. Dig. IV, 6. — Gluck, *Comm.* t. IV, § 467 e seg.

(9) Const. 12, C, VII, 33. — Const. un C. VII, 31. — Nov. 119, c. 7.

(10) Fr. 124, § 1, D. L. 17. — Fr. 209, D. L. 16. — Fr. 2, § 3, D. XXIX, 7.

(11) Dig. XXIX e XLIX, 16. — Codice, XII, 36.

(a) Cioè il foro competente per ragion del luogo natio (*originis locus*). « Est autem originis locus, in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte re alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente etc. » Voet, lib. 5, tit. 1, § 91. (*Il Trad.*)

aventi dritto a siffatti privilegi, voglionsi annoverare i marinari da guerra; ma non mica i congedati, nè le reclute, nè le altre persone impiegate al servigio di uno esercito senza esser soldati (1). Coloro i quali non fanno il mestier dell'armi, sono in ragion romana designati col nome di *pagani*, e talvolta pure con quello di *privati* (2).

§. 145. 8. *Della religione.*

Gli uomini, rispetto alla religione da lor professata, sono o cristiani (*fideles*), o non cristiani (*infideles*): i cristiani si dividono in ortodossi (*orthodoxi catholici*) ed eretici (*haeretici*); i quali ultimi son quelli che non riconoscono i dogmi de' sinodi ecumenici (3). Tra i non cristiani si distinguono i *giudei* e gli *apostati* (*apostatae*). Le leggi de' romani imperatori contengono disposizioni eccessivamente severe avverso gli apostati e gli eretici (4). La condizion civile de' giudei fu in ogni tempo ed è ancora oggidì molto diversa (5).

§. 146. IV. *Come finisca l'esistenza di una persona.*

La esistenza di una persona finisce per la sua morte, o che *fisica* (6), o che *civile*. Riguardo alla vita e al trapassamento di un uomo, è da notare:

I. Havvi una regola, secondo la quale la vita nè la morte di un uomo non si presume: chi pretende che un uomo ci sia stato, deve darne la pruova, e quando questa è fatta, si presume ch'ei ci viva insino a tanto che non ne sia stata provata la morte (7). Nientedimeno, secondo il comun dritto vigente oggidì in Alemagna, uno assente, della vita e del soggiorno del quale non si han punto novelle, può esser dichiarato morto dal giudice, a dimanda degli interessati, se si provi che quando egli ancor ci vivesse, sarebbe in età di anni settanta (8).

II. Se più persone periscono nello stesso torno di tempo (9), senza che si possa determinar quale sia morta la prima, vuolsi distinguere:

(1) Fr. un. § 1, 2, D. XXXVII, 13. — fr. 4, 42, D. XXIX, 1. — Const. 16, C. VI, 21.

(2) Per esempio, Const. 19, C. II, 3. — Const. 1, C. IX, 24. — Cpr. Lampridius, *In vita Alexandri Severi*, c. 58: « nec unquam ad *privatos* pertinerent. »

(3) Nov. 131, c. 1 (a).

(4) Codice, I, 5, 7, 9, 11. — Codice Teodos. XVI, 7, 8, 10.

(5) C. G. Haubold, *Orat. de statu Judaeorum publico sub imperio Romanorum*. Lips. 1819. Ne' suoi *Opusc.* ed. Wenck e Stieber, vol. 2, d. 457. — Dav. Henr. Leryssohn, *Diss. de Judaeorum sub Caesaribus conditione et de legibus eos spectantibus*. Lugd. — Bat. 1828 (b).

(6) Chiamasi ordinariamente morte *naturale*; ma siffatta espressione è spesso contrapposta alla morte *violenta*.

(7) Leyser, *Medit. ad Pandect.* Spec. 95, 96, e Hofacker, *Princ. jur. rom. germ.* § 1681, parlano della pruova della morte.

(8) Il romano dritto addita talvolta la età di cento anni come la più lunga: ma il fr. 56, D. VII, 1, non altro risguarda che la durata di un usufrutto concesso ad una communità, e la const. 23, pr. § 1, C. I, 2, la prescrizion che corre contro le chiese e le instituzioni pie; ondechè questi due luoghi non appartengono al presente proposito (c).

(9) G. Tobias, *De rationibus decidendi Jctor. Romanorum in dubiis ex incerto mortis instante commorientium*. Traj. ad Rhen. 1810. — Th. Gædeke, *De jure com-*

(a) *Ecumenici* sono detti i concilj generali, di tutta quanta la Chiesa. (*Il Trad.*)

(b) È noto come in questi ultimi tempi parecchie leggi politiche e civili abbian per tutta Europa migliorata la condizion degli Ebrei per modo, che poche son le contrade in cui resti loro altro a desiderare. (*Il Trad.*)

(c) Nel nostro diritto (LL. cc. 135), egualmente che nel francese (C. civ. 129), la presunzion della morte di un assente non prevale, se non dopo trascorsi cento anni compiti dalla nascita di quello: e par veramente che la cosa sia più ragionevole così, che come in Alemagna, massime chi consideri tutte le disposizioni da' nostri legislatori aggiunte per cessare un troppo lungo ristagno de'civili negozi. (*Trad.*)

a) Se si tratti di figliuoli e genitori, senza distinzion del genere di morte, il figliuolo impubere è reputato morto prima de' genitori, il pubere dopo (1).

b) Ma quando si tratti di persone che non sieno tra sè genitori e figliuoli, e che il diritto dell' una di esse sia di natura sua dipendente dalla condizion della morte dell' altra (per esempio, in caso di successione o di lasci), siffatto diritto non può essere invocato dall' una, senza provar la morte antecedente dell' altra (2): però quando una persona abbia ricevuta da un' altra una cosa, l' acquisto irrevocabile della quale dipenda da ciò, che durante sua vita non sia l' atto rivocato, allora nel dubbio si presume premorto il donatore, nè havvi luogo a ridomanda del donato; tal è il caso di una donazion tra marito e moglie (*donatio inter virum et uxorem*), e di una donazione a cagion di morte (*donatio mortis causa*) (3).

CAPITOLO II.

DELLE PERSONE GIURIDICHE.

§. 147. I. *Nozione della persona giuridica in generale.*

Tutto ciò che in uno Stato è, oltre dell' uomo, risguardato come capace di aver dritti proprj, è una persona *giuridica*, *morale*, ovvero *fittizia* (4). Alle persone morali appartengono lo Stato medesimo; il principe, ogni volta ch' egli è riguardato come ritenitore del sovrano potere (5); ogni pubblico impiego, considerato in rapporto a' diritti che vi sono annessi, ed il tesoro pubblico ovvero il fisco; dipoi, le comunità di ogni maniera, tutte le instituzioni pie (*piae causae*) riconosciute ed autorizzate dallo Stato; finalmente, la eredità di un defunto, tutto il tempo che nessun erede non l' ha fatta sua (*haereditas jacens*) (6).

§. 148. II. *Delle comunità in particolare* (7).

Una comunità (*universitas*, *corpus*, *collegium*) è la riunion di più persone ad un fine, la cui durata in regola generale va oltre alla vita de' membri componenti la società, autorizzata dallo Stato e riconosciuta come persona morale. La comunità, *considerata come un tutto*, è qui personificata,

morientium ex disciplina Romanorum. Rostochii et Gustrovii, 1830 (a).

(1) I seguenti passi presentano delle applicazioni di siffatta presunzione: fr. 9, § 1, 2, 4; fr. 16, pr.; fr. 23, D. XXXIV, 5. — fr. 26, pr. D. XXIII, 4. — Il fr. 17, § 7, D. XXXVI, 1, presenta una eccezione.

(2) Ne' fr. 9, pr; fr. 16, 17, 18, pr. D. XXXIV, 5, si trovano delle applicazioni.

(3) Fr. 8; fr. 9, § 3, D. XXXIV, 5. — fr. 32, § 14, D. XXIV, 1. — fr. 26, D. XXXIX, 6.

(4) Schweppe, *Ræm Privatr.*, 4. ediz. P. 1, § 77-83.

(5) Fr. 56, 57, D. XXXI. — fr. 20, § 1, D. XXXIII, 1. — Nov. 134, c. 6.

(6) Fr. 34, D. XLI, 1. — § 2, J. II, 14. — fr. 31, § 1, D. XXVIII, 5. — fr. 22, D. XLVI, 1.

(7) Dig. III, 4; XLVII, 22; L. 1, 4, 5, 6, 8, 9. — Codice, X, 40-68; XI, 29-39. — Wassenær, *Diss. ad tit. Dig. de colleg. et corp.* in Fellenberg, *Jurispr. antiq.* t. 1, p. 397. — C. S. Zachariæ, *Lib. quaest.* Viteb. 1805, quist. 10.

(a) Le regole date dalle nostre leggi per determinar la presunzione della sopravvivenza, si posson leggere negli art. 640-43. Solo ricordiamo che oltre il vigor dell'età qui mentovato dall'autore, le nostre leggi civili tengono eziandio conto del vigore del sesso, ordinando che in parità di anni, o quando la differenza non passi l'anno, sia sempre da presumersi sopravvissuto il maschio.

(*Il Trad.*)

e si presenta però come capace di acquistar de' diritti per sè, e al tutto distinta da' suoi membri, risguardati come persone fisiche.

1. Una cotal comunità non può pigliar nascimento se non con l'autorizzazion dello Stato, ed il romano dritto ricerca per la instituzion di lei il concorso di almeno tre persone; il qual numero poi non è più richiesto per la sua continuazione (1).

2. Dopo ch' ella è legalmente constituita, una comunità resta la medesima moral persona, sebbene i suoi membri si cambino (2).

3. Una comunità può, come persona morale, possedere ed acquistar de' dritti per se medesima, e tutte le ragioni indispensabili alla esistenza sua le si appartengono dal momento ch' ella è validamente constituita. Essa dunque ha il dritto di ricever novelli membri, nominar capi ed altri officiali, avere una cassa comune, e fare statuti (3). Oggidì riconosconsi pure a favor delle comunità, i cui interessi son maneggiati da capi, gli stessi diritti accordati a' minori (*jura minorum*) (4). Il principe può eziandio conferire altre prerogative ad una comunità; per esempio, una giurisdizion particolare, un dritto di succedere nella eredità vacante de' suoi membri, e privilegi ed altre franchezze (5).

4. Come una comunità può aver de' dritti attivi sopra beni, cioè a dire proprietà, delle ragioni reali, e de' crediti, così pure ella può contrarre obligazioni. Però siffatte ragioni ed obligazioni non appartengono a' membri della comunità individualmente, sibbene alla società considerata come persona morale (6), quantunque possano i membri avere un dritto di goder de' beni della comunità, secondo la loro particolar destinazione (7).

5. Gli interessi della comunità relativi al comune scopo da lei propostosi ed a' suoi beni, sono diffiniti dalla persona morale della comunità, la qual pronunzia per via di sua decisione (*conclusum universitatis*). Il modo di venire ad una decisione dipende primieramente dagli statuti della comunità, e nel caso che questi non abbiano a ciò posto ordine alcuno, tutti i membri aventi voce deliberativa debbono essere convocati; la decisione della maggioranza dei membri presenti forma la volontà della comunità, alla quale i dissidenti e gli assenti uopo è si conformino (8). Questa è la maniera in cui possono esser prese le decisioni nella alienazione, e nella spartigione de' beni comuni tra i membri della società, osservando nondimeno le regole ordinate dalla legge per l' alienazione de' beni de' minori (9).

(1) Fr. 1, pr. § 1; fr. 3, § 1, D. XLVII, 22. — fr. 1, pr. D. III, 4. — fr. 85, D. L. 16: « *Neratius Priscus tres facere existimat collegium.* » — fr. 7, § 2, D. III, 4.

(2) Fr. 7, § 2, D. III, 4. « In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri; quum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. »

(3) Fr. 1, § 1, D. III, 4. — Cpr. fr. 1, § 2; fr. 18, D. L. 4.

(4) Arg. const. 3, C. XI, 29. — Const. 4, C. II, 54. — Const. 3, C. XI, 31.

(5) Const. 8, C. VI, 24.

(6) Fr. 7, § 1, D. III, 4: « Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent. » § 2, J. II, 1. — fr. 6, § 1, D. I, 8.

(7) Cotali beni si dicono allora *res universitatis* in un sentimento ristretto, per opposizione a *patrimonium universitatis*, del quale non può ciascun membro usare, ma le cui rendite servono per provvedere a' bisogni della comunità.

(8) Fr. 160, § 1, D. L. 17. — Const. 5, C. X, 63. — Const. 3, C. XI, 31. — Nov. 120, c. 6, § 1, 2. — Cap. 1, 2, 3, 4, X, 3, 11. — Cap. 42, X, 1, 6. Reputasi generalmente che per la decision di una comunità, almen due terzi de' membri debbano esser presenti, e allora la maggioranza decida. — Gluck, Comm. P. 1, § 91. — I fr. 19, D. L. 1; fr. 3, 4, D. 177, 4; fr. 3, D. L. 9; Const. 2, 46, C. X, 31, i quali luoghi son tolti a sostegno, non di altro ragionano che delle curie ne' municipj romani. La const. 46 citata « *nominationum* » trovasi esser in talune edizioni la const. 45.

(9) Le opinioni de' giureconsulti sono

6. Una comunità ha fine quando ella perde tutti i suoi membri, ovvero quando lo Stato ne pronunzia il discioglimento (1). In questo caso, se essa è stata istituita per qualche pubblica utilità, i suoi beni appartengono allo Stato; ma se essa aveva soltanto uno scopo particolare, le sue proprietà si spartiscono tra i membri che la compongono nel momento del suo discioglimento.

§. 149. III. *Del fisco.*

Il tesoro pubblico, opposto all'avere particolare del principe, si chiama il *fisco* (2); il quale è mai sempre considerato in diritto come una persona morale. Non solamente esso ha dritto a tutte l'entrate ordinarie e straordinarie dello Stato, al qual numero appartengono altresì i beni vacanti (*bona vacantia*), ma ancora ha molte altre prerogative e privilegi (3), i quali noi indicheremo ogni volta che la materia vi si riferirà. Ci basterà per ora di dar la seguente regola generale, che nelle contestazioni sorgenti tra i soggetti ed il fisco, bisogna sempre, occorrendo dubbio, pronunziar *contro il fisco* (4).

§. 150. IV. *Degli stabilimenti di beneficenza.*

Uno stabilimento di beneficenza (*pia causa*), è generalmente qualunque istituzione fondata a fine di propagar la pietà, di soccorrere a persone bisognose, d'instruirle ed educarle, ovver di diffondere le arti e le scienze (5). Ma siffatti stabilimenti non possono esser riguardati come persone morali, se non quando lo Stato gli abbia autorizzati o confermati, e così riconosciuti per tali (6); senza di ciò, essi non hanno alcuna legale capacità nè possono nulla acquistare. Nientedimeno, l'autorizzazione dello Stato può venir dopo alla fondazion dello stabilimento, ed essa acquista allora uno effetto retroattivo infino al tempo della fondazione (7). Confermato che sia dallo Stato, e riconosciuto come persona morale, uno stabilimento di beneficenza può non solamente posseder d'ogni maniera dritti, acquistar tra vivi (*inter vivos*) altrettanto che a causa di morte (*mortis causa*), ma egli gode nel tempo medesimo i privilegi accordati ai minori, così rispetto

divise assai sulla quistione di sapere a che modo lo spartimento de'beni comuni tra i membri della comunanza, o pure un semplice cangiamento nel godimento, possa esser risoluto e messo ad esecuzione. Sono autori i quali richieggon sempre l'unanimità delle voci di tutti i membri; altri si contentano della maggioranza: altri pure danno anche a ciascun membro il dritto di domandar la spartizione. — Il nostro avviso è che un formal decreto, confermato dal principe, sia indispensabile.

(1) Fr. 7, § 2, D. III, 4. — fr. 21, D. VII, 4.

(2) Paolo, *Rec. sent.* v, 12. — Dig. XLIX, 14 — Cod. Teod. X, 1. — *Fragm. vet. Jcti de jure fisci.* — M. A. Peregrinus, *De jure et privil. fisci.* Col. Agripp. 1663.

(3) Tai privilegi s'aspettano eziandio, in dritto romano, al patrimonio del principe e della principessa, fr. 6, § 1, D. XLIX, 14. — Const. 3, C. VII, 37. — Brissonio, *De verb. signif.*, v.° *ratio.*

(4) Fr. 10, D. XLIX, 14. — Cpr. però la Nov. 161, c. 2, ed Edict. Justin. 4, c. 2, § 1.

(5) Codice, I, 3. — Nov. 120.

(6) Vi ha de' giureconsulti moderni i quali han voluto sostenere che, stando all'espressioni della const. 46, pr. C. I, 3, ciascun poteva di sua privata autorità fondare stabilimenti di beneficenza tanto per instituzion di erede, quanto per legato: ma vuolsi notare che quella cost. non è chiosata, e non altro è che una *lex restituta* (§ 70).

(7) Debbe adunque uno stabilimento di beneficenza, fondato ed instituito per via di testamento, esser riguardato come capace di succedere, quando anche l' autorizzazione fosse venuta dopo la morte del testatore. Arg. fr. 62, pr. D. XXVIII, 5.

alla restituzione in intiero (*restitutio in integrum*) come rispetto all' alienazione (1).

SEZIONE III.

DELLE COSE.

§. 151. *Delle cose in generale.*

Sono alcuni i quali comprendono sotto il vocabolo *res* tutto ciò che forma il patrimonio degli uomini particolari (*quod est in bonis vel actionibus*) (2). Altri insegnano che il valor della parola *res* fu specificato secondo i diversi modi di acquisizione (*mancipatio*, *in jure cessio*, *traditio*, *usucapio*), ne' tempi precedenti a Cicerone, e che fino allora le idee di *res corporales et incorporales* non si conobbero. Pare a noi che il nome *res* non sia stato in origine applicato ad altro che ad obbietti corporali, e che la designazion legale delle cose sia soltanto stata la conseguenza di così fatta idea. Se si vuol ragionare delle specie delle cose, l' indicazion medesima delle nostre fonti non ci rimanda mai ad altro che ad obbietti corporali (*corpora*) (3).

§. 152. *Delle cose incorporali.*

Le cose incorporali (*res quae intelliguntur*, per opposto a *res quae sunt*) sono i dritti (4). Ma incerto è quali dritti i romani giureconsulti abbian voluto qui designare per cose incorporali; le Instituzioni ci additano le *servitù* (5), la *successione* e le *obbligazioni* (6).

§. 153. *Delle cose mobili ed immobili.*

Le cose corporali sono *mobili* (*res mobiles*) o *immobili* (*res immobiles*).

Le cose immobili son quelle che possono essere mutate d'un luogo in un altro, senza esser danneggiate nella sostanza e nella forma loro (7).

Le cose immobili sono:

1. Quelle le quali, per la natura loro, è fisicamente impossibile di traslocare, come i fondi (*praedia rustica*, *fundi*), o che non si possono trasportare in altro luogo senza deterioramento, per esempio gli edifizi (*praedia urbana*; *aedificia*) (8).

(1) Const. 35 in fine, C. ibid. — Const. 23, pr. C. I, 2. — Nov. 120, c. 1, § 2; c. 6, § 2.—

(2) Pertanto, le cose fuori commercio *(res extra commercium)* ne sono escluse, ma le obbligazioni vi son comprese. Ciò dimostrano soprattutto il tit. 2 del lib. 2. delle Inst. e Teofilo.

(3) Caio, II, 1-17. — Inst. II, tit. 1. — Dig. I, 8.

(4) Inst. II, tit. 2.—fr. 1, § 1, D. 1, 8.

(5) Certo è che i Romani danno spesso il nome di *jura* alle servitù. fr. 30, D. IX. 4. — fr. 13, § 1; fr. 19, pr. D. XXXIX, 2.

(6) § 2. J. II. 2. — Teofilo, sopra i §§ 2 e 3 citati. — fr. 1, § 1, D. I, 8. — fr. 1, § 7. D. XXXV, 2. — Cicerone; *Top.* 5.— Seneca, *Epist.*, 58. — Altri giureconsulti comprendono egualmente nel novero delle cose incorporali quelle che son corporali secondo la loro specie, e che fanno l'obbietto di un dritto secondo lor genere. Muhlenbruch, *Doctrina Pand.* § 91.

(7) Quando elleno si muovono per loro propria forza, ricevono altresì il nome di *res se moventes*; quali sono gli schiavi e gli animali. Cpr. fr. 93, D. L. 16.

(8) Cpr. fr. 115, 211, D. ibid. — fr. 60, D. XLI, 1.

2. Vi ha delle cose mobili, le quali sotto il legale rapporto si considerano come immobili: ciò sono quelle che per effetto della natura ovvero dell'arte, sono così fattamente legate alla cosa immobile che ne fanno parte (1), oppur che per destinazione servono ad uso perpetuo di una cosa immobile (2).

Si ricerca però in questo ultimo caso, ch' elleno sieno realmente impiegate al fine a cui son destinate, e che non sieno separate dalla cosa immobile; senza la qual condizione, non potrebbero esser considerate come cose immobili (3). Le cose mobili di questa sorta, riguardate nel loro rapporto con la cosa immobile a cui appartengono, si chiamano *appartenenze* (§ 159).

§. 154. *Del genere e della specie* (genus et species). — *Delle cose fungibili e non fungibili.*

Nel linguaggio del dritto, intendesi per *genere*, (*genus*) piuttosto una cosa individuale, designata secondo il genere a cui appartiene, e formante come tale l'obbietto di un dritto, che un intero genere di cose: la *specie* al contrario (*species*), è una cosa particolare, individualmente determinata (4).

Sopra questa distinzione fondasi appunto la divisione delle cose IN *fungibili*, e non *fungibili*, le cui idee suno affatto relative.

Infatti una cosa è fungibile allorchè nel rapporto legale ond' essa forma l'obbietto, la si considera piuttosto secondo suo genere o sua quantità che secondo sua specie, di guisa che non si è in obbligo di darla se non in genere (*in genere*) ovvero nella stessa quantità e qualità (*in eadem quantitate et qualitate*) (5).

Una cosa è non fungibile, quando la si considera secondo sua specie, e ch'essa deve esser data in ispecie (*in specie*) (6).

Sicchè, 1° egli è falso il riferir siffatta divisione alle sole cose mobili, potendo egualmente le immobili esser considerate come fungibili; per esempio, nel legato che io fo di un fondo di una grandezza determinata, ovvero di una delle mie case.

2° È falso altresì dire che le cose le quali nel quotidiano commercio sono ordinariamente misurate, numerate, o pesate (*quae pondere, numero vel mensura constant*), sieno sempre cose fungibili; in fatti, sebbene esse sieno ordinariamente tali, possono pure talvolta presentarsi come cose non fungibili (7).

(1) Per esempio, l'albero che ha messo radice in un fondo, i frutti ancor pendenti, e tutto ciò che in uno edificio è fissato in perpetuo *(vincta, fixa)*.fr. 44, D. VI, 1: « fructus pendentes pars fundi videntur. » — Cpr. fr. 13, § 31; fr. 15; fr. 38, § 2, D. XIX, 1.

(2) Fr. 17, § 7, D. ibid. — Cpr. fr. 17, pr. D. ibid. — fr. 242, § 2, D. L. 16.

(3) Fr. 17, § 10, 11; fr. 18, § 1, D. XIX, 1. — fr. 66, § 2, D. XVIII, 1. — fr. 41, § 12, D. XXX. — fr. 242, § 4, D. L. 16.

(4) Fr. 54, pr. D. XLV, 1. — fr. 30, § 6. D. XXX.

(5) Le cose considerate in tal rapporto, sono dette nel fr. 2, § 1, D. XII, 1, quelle che « in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quam specie. » Di là s'è formato il termine non romano di *res fungibiles.* Cpr. altresì pr. J. III, 14 (15). — L'espressione *res usus consumptibiles* s'incontra nella traduzion latina di un codicillo greco, nel fr. 101, pr. D. XXXII.

(6) Aug. Frid. Schott, *Pr. de rebus, quae functionem recipiunt.* Lips. 1767, e nei suoi *Opusc.* p. 212.

(7) Per esempio, fr. 30, § 6, D. XXX: « Si legetur pecunia quae in arca est, vel vinum quod in epothecis est. » La moneta ci mostra nel più manifesto modo che l'idea di cose fungibili è relativa. Cf. fr. 24, D. XVI, 3. — fr. 34, § 4, D. XXX. fr. 4, D. XIII. 6. — fr. 37, D. XLV, 1.

3° Finalmente, è falso il confondere totalmente le cose fungibili con quelle che si consumano con l'uso (*quae usu consumuntur*); perciocchè, sebbene generalmente in luogo delle cose che si consumano con l'uso possano mettersene altrettali (*in genere suo functionem recipiunt*), pur esse possono esser considerate come non fungibili; e similmente tali cose che non si consumano con l'uso, possono presentarsi come fungibili (1).

§. 155. *Delle cose individuali e delle universalità di cose* (universitates rerum) (2).

Una o più cose individuali, considerate in se stesse e come tali, si chiamano nel linguaggio del dritto *res singulae*, ovvero *singulares*: le quali sono semplici quando si compongono di parti della stessa specie naturalmente unite insieme (*corpus*, *quod in spiritu continetur*, *s. unitum*), per esempio un animale, una pietra; sono poi composte, quando il loro tutto è fatto di più parti diverse (*corpus*, *quod ex contingentibus constat s. connexum*), per esempio una casa, un vascello.

Quando più cose individuali distinte tra loro, possono nondimeno sotto un legal rapporto considerarsi come un tutto (*corpus*, *quod ex distantibus constat*), esse formano una universalità di cose (*universitas rerum*) (3). Si distingue la *universalità di fatto* dalla *universalità di dritto* (*universitas facti*, *universitas juris*). La prima è un complesso di cose corporali della medesima specie, le quali si presentano come un tutto; per esempio, una greggia, un magazzino (4); la seconda invece è un tutto di cose di differenti specie, così corporali che incorporali, e le quali prese insieme sono considerate come formanti un sol patrimonio; per esempio, una eredità, un peculio (5).

Questa distinzione non è soggetta a veruna obbiezione: ma essa scema di sua giustezza allorchè si sostiene che la seguente regola si applichi in tutti i casi alla universalità di dritto, senza che il somigliante sia della universalità di fatto: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*, cioè a dire che tutto ciò che si acquista per via delle cose individue componenti la universalità o pure in loro cambio, appartiene a quella universalità e può esser reclamato da chi ha un dritto sopra di essa; perciocchè siffatta regola non si applica eziandio alla universalità di dritto, se non quando questa sia l'obbietto di una successione universale (6), e non già quando ell'è l'obbietto di una successione particolare (7).

§. 156. *Delle cose divisibili ed indivisibili.*

Le cose sono *divisibili* o *indivisibili*.

1. Una cosa corporale è *fisicamente divisibile*, quando senza essere al tutto distrutta può esser partita in porzioni reali, ciascuna delle quali for-

(1) A modo di esempio, quando un cavallo è stato legato in genere: e il somigliante è de'libri in fogli.

(2) Muhlenbruch, *Observ. juris rom.* Regiom. 1818, cap. 1.

(3) Fr. 30, pr. D. XLI, 3. — Fr. 23, § 5, D. VI, 1.

(4) § 18, J. II, 20. — fr. 13, pr; fr. 34, D. XX, 1. — fr. 1, § 3, D. VI, 1. — fr. 70. § 3, D. VII, 1.

(5) § 6, J. II. 7. — fr. 1, § 1, D. XLIII, 2. — fr. 13, § 8, D. V, 3.

(6) Così segnatamente nel caso della eredità: fr. 20, pr. § 1, 2, 10, 12; fr. 22, D. V, 3. — Nel caso del peculio, non ha luogo l'applicazione, se non quando si tratti della trasmession di quello per via di successione e dell'*actio de peculio*. fr. 5, § 5, 11, 14, D. XIV, 4. — Const. 1, C. XII, 37.

(7) Fr. 56, D. VI, 1. — fr. 32, § 2, D. XV, 1, — Const. 6, C. III, 32.

mi dopo la partizione un tutto particolare ed indipendente. Le parti distinte di una cosa per tal modo divisa sono nel linguaggio del romano diritto dette *partes certae*, e i possessori di queste posseggono *pro diviso*.

2. Una cosa è *legalmente* divisibile, senza per altro distinguere se la division fisica ne sia o no possibile, allorchè più persone possono possederla *a comune*, cioè a dire per parti *intellettuali* (*partes incertae*). Esse in tal caso posseggono *pro indiviso* ovvero *rem habent communem* (1).

Una cosa è *legalmente indivisibile*, allorquando in diritto la idea di una parte è inconcepibile; verbigrazia, le servitù (2).

§. 157. *Delle cose esistenti e delle future* (res existentes et futurae).

Considerate rispetto alla loro esistenza, le cose sono o esistenti (*res jam existentes*), o future (*res futurae*), ch'è quando la esistenza loro è ancora aspettata, poco importando del resto ch' ella dipenda dall' ordinario andamento della natura, com' è pe' frutti, oppur dal caso, come nella pescagione (3).

§. 158. *Della cosa principale e dell' accessoria.*

Una *cosa principale* (*res principalis*) è quella che può da se stessa e per se stessa sussistere: tutto ciò che appartiene ad una cosa principale o che ad essa è aggiunto, è una *cosa accessoria* (*res accessoria*). Alle cose accessorie appartiene ciò che il romano dritto intende per *causa rei*, e le spese che si fanno per una cosa (*impensae in rem collatae*).

§. 159. A. *Causa rei.*
1. *Delle accessioni.*

S' intende in dritto romano per *causa rei s. omnis causa*, tutto ciò che colui il quale domanda la sua cosa principale ha inoltre il dritto di esigere dal reo, e segnatamente ciò ch' egli avrebbe avuto, se il suo avversario non avesse distenuta la cosa. A siffatta categoria appartengono le *accessioni* ed i *frutti* della cosa (4).

Intendesi per accessione tutto ciò che, sì corporale e sì incorporale (5), siasi esternamente aggiunto ad una cosa, e che o da naturale forza o dalla umana volontà sia stato per modo legato con quella, che lo si debba riguardar come parte e dipendenza della cosa. Le *pertinenze* di una cosa sono una specie di accessione (6). Col qual nome s' intendono soprattutto quelle cose, le quali sono ad un' altra connesse con la intenzion di farle servire ad uso perpetuo di quella. La legge o la volontà dell' uomo dà ad una cosa la qualità di pertinenza (7), la qual non altrimenti cessa che per la compiuta separazione dalla cosa a cui serve (8).

(1) Esempi: fr. 8, D. VI, 1.—fr. 6, § 1, D. VIII, 4.—fr. 25, § 1, D. L. 16.

(2) Fr. 17, D. VIII, 1.

(3) Fr. 15, pr. D. XX, 1.—fr. 11, § 3, D. XX, 4.—fr. 8, pr. § 1; fr. 34, § 2, D. XVIII, 1.—fr. 11, § 18, D. XIX, 1.—fr. 73, D. XLV, 1.—fr. 17, pr. D. XXXII.—§ 7, J. II, 20.

(4) Fr. 20, D. VI, 1.—fr. 35, 75, 246, § 1, D. L, 16.—fr. 31, pr. D. XII, 1.

(5) Alle accessioni incorporali appartengono i *dritti* inerenti ad una cosa: fr. 47-49; fr. 78, pr. D. XVIII, 1; ovvero quelli i quali debbono assicurare altri dritti; fr. 91, § 4, D. XLV, 1.—fr. 43, D. XLVI, 3.—fr. 71, pr. D. XLVI, 1.—§ 5, J. III, 20 (21).

(6) Val. Jo. Beselin, *Theoria generalis de pertinentiis*. Goet. 1782.

(7) Fr. 13; § 31; fr. 14-18, D. XIX, 1.

(8) Fr. 17, § 11, D. XIX, 1.—fr. 41, § 12, D. XXX.—fr, 242, § 4, D. L. 16.

Del resto, così i mobili come gli immobili possono aver le loro appartenenze (1), e quelle degli immobili possono a lor volta essere cose mobili, immobili, o incorporali (2). Non vuolsi perder di vista il segueute principio generale circa le appartenenze; cioè che ogni disposizion della cosa principale coglie altresì l'accessoria, salvo che il contrario non sia stato espressamente stipulato (3).

§. 160. 2. *De' frutti.*

Nel *proprio senso* della parola, i *frutti* (*fructus*) non altro sono che le produzioni corporali organiche di una cosa (4). Tantochè i frutti stanno uniti alla cosa che li produce, sono essi chiamati frutti pendenti (*fructus pendentes*) ovvero in piede (*stantes*) (5), secondo che sono attaccati a' rami ovvero alle radici (6): nel caso contrario, prendono il nome di frutti separati (*fructus separati*), e quando colui che tiene dal proprietario il diritto di pigliare i frutti della cosa, gli ha staccati e ne ha preso possesso, per esempio l'affittaiuolo e l'usufruttuario, si chiamano frutti raccolti (*fructus percepti*) (7).

Nel *senso improprio*, s'intendono altresì per frutti le rendite provegnenti dall'uso o godimento della cosa, che il padrone ha concesso ad un altro, parimente che quelle provegnenti dalla privazion dell'uso della cosa; quali sono gl'interessi, le pigioni ed i fitti (8) (9).

(1) Fr. 66, D. XXXII. — fr. 15, D. XXXIII, 6.

(2) Fr. 20, § 7, D. XXXIII, 7. — fr. 31, D. XXXII. — fr. 47-49; fr. 78, pr. D. XVIII, 1.

(3) Fr. 13, § 31; fr. 14-18, D. XIX, 1. — fr. 19, § 20; fr. 20, D. XXXIV, 2.

(4) Fr. 77, D. L. 16. Il parto di una schiava (*partus ancillae*) in dritto romano non si connumera tra' frutti, sibbene tra le accessioni. fr. 28, § 1, D. XXII, 1. § 37, J. II, 1. — In altri passi, il vocabolo *fructus* denota altresì il dritto di raccorre i frutti di una cosa altrui; per esempio, fr. 33, pr. D. VII, 1. — fr. 57, § 1, D. ibid. — fr. 12, § 2, D. VII, 8.

(5) Fr. 26, § 1, D. VLVII, 2. — fr 7, § 15, D. XXIV, 3. — fr. 27, pr. D. VII, 1. — fr. 44, D. VI, 1.

(6) Si potrebbe, per la disposizion del testo, intendere che *pendentes* e *stantes* fossero sinonimi, e che perciò si potessero rettamente dir pendenti non soli i frutti degli alberi, ma eziandio quelli in erba. Infatti, così ha inteso qualche traduttore: e le stesse nostre leggi civili per non aver troppo fatto sentire la detta differenza, danno luogo a non leggier dubbitazione, come potrà vedere chi attentamente consideri tutto l'art. 1446. Ma che *pendentes* sia differente da *stantes*, oltre all'intrinseco valor delle due parole a gran pezza diverso, manifestamente si raccoglie dalla propria bocca di Ulpiano: « Si pendentes fructus jam maturos reliquisset testator, fructuarius eos feret, si die legati cedente, adhuc pendentes deprehendisset: *nam et stantes* fructus ad fructuarium pertinent. » L. 27, *de usufr.* Però, abbiamo creduto necessario di più chiaramente disporre questo luogo. (*Il Trad*).

(7) Il fr. 13, D. VII, 4, riconosce espressamente la distinzion de' frutti in *fructus separati et percepti*: « Julianus ait *fructuarii fructus* tunc fieri, *cum eos perceperit*, *bonae fidei autem possessoris* mox quum a solo *separati sunt.* » Cpr. fr. 12, § 5, D. VII, 1. — fr. 25, § 1, D. XXII, 1. — fr. 48, pr. D. LXI, 1. — Savigny, *Trattato del possesso*, § 22. — I frutti che avrebber potuto esser raccolti, ma nol sono stati per colpa del possessore (*culpa possessoris percepti non sunt*), si dicono oggidì *fructus percipiendi*. § 2, J. IV, 17. — fr. 62, § 1, D. VI, 1.

(8) Tra pigione e fitto è differenza in ciò, che la pigione si paga delle case, e il fitto de' fondi; proprietà di lingua serbata dalle nostre leggi civili, come si può vedere per tutto il titolo *della locazione*; le quali chiamano eziandio il fitto *mercede* (art. 1615), ma con minor precisione. (*Il Trad*).

(9) Fr. 29, D. V, 3. — fr. 34, D. XXII, 1: « Usurae vicem fructuum obtinent: et merito non debent a fructibus separari. » — Il fr. 121, D. L. 16, chiaramente ci dimostra come gli interessi soltanto *impropiamente* appartengano a' frutti: « Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est; quia non ex ipso corpo-

I frutti, nel proprio senso, si nominano oggi *frutti naturali* (*fructus naturales*) (1); tutti gli altri proventi i quali, propriamente parlando, non sono frutti, ma pur come tali si risguardano in diritto, si dicono *frutti civili* (*fructus civiles*).

§. 161. B. *Delle spese.*

Allo stesso modo che l'attore ha dritto di esigere, una con la cosa principale, le accessioni ed i frutti (*omnem causam rei*), così pure egli è tenuto da un altro lato di rimborsare al reo le spese da lui fatte in servigio della cosa (*impensae in rem collatae*).

Le spese sono *necessarie* (*impensae necessariae*), quando sono state fatte per salvar la cosa da destruzione ovvero preservarla da deterioramento; sono *utili* (*impensae utiles*), quando esse han migliorato la cosa in sè stessa e ne hanno aumentato i proventi; tutte le altre spese dirette al fine di accrescer il diletto della cosa, o il personal godimento del possessore, sono spese *voluttuarie* (*impensae voluptuariae*) (2).

Le spese necessarie fatte per la cosa altrui possono generalmente esser ridomandate da chi le ha fatte, eccetto che dal ladro (3); per la restituzion delle spese utili nessuna general regola si può stabilire; quanto alle voluttuarie, chi le ha fatte non ha altro dritto che quello di torle via (*jus tollendi*), quando siffatta tolta non renda la cosa al tutto inutile, e se il proprietario non preferisca darne indennità (4). Un' azione per restituzion delle spese non ha generalmente luogo, se non quando espressamente la legge l'accordi, esempligrazia ne' giudizi divisorii (*judicia divisoria*); in tutti gli altri casi, la richiesta delle spese si fa per la via della eccezione o della ritenzione (5).

§. 162. *Delle cose rapporto al loro proprietario.*
A. *Delle cose non appartenenti a nessuno.*

Rapporto alla proprietà, sonovi alcune cose che non appartengono a persona (*res nullius*); altre, le quali sono proprietà di una determinata persona (*res alicujus*) (6).

Le cose non appartenenti ad alcuno, nel senso più ampio, sono:

1. Le cose comuni a tutti (*res communes omnium*), vale a dir quelle delle quali ben può ciascuno avere il godimento e l'uso, possono bene acquistarsi delle parti individuali, ma che non possono esser mai acquistate nella loro totalità (7).

2. Le *res nullius*, in un sentimento più ristretto; cioè a dire le cose che non hanno avuto mai proprietario, o che avutone uno, son restate di essere in proprietà di lui contro sua voglia, e senza esser passate in proprietà di alcun altro (8).

re, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. » — Cf. fr. 36; fr. 38, § 13, D. XXII, 1. — fr. 62, pr. D. VI, 1. — fr. 88, § 3, D. XXXV, 2.

(1) I quali sono distinti in *fructus mere naturales* e *industriales*. Cf. fr. 45, D. XXII, 1. — fr. 48, pr. D. XLI, 1.

(2) Fr. 79, D. L. 16. — Cf. D. XXV, 1. — Ulpiano, VI, § 14-17.

(3) Fr. 1, § 4, D. XXXIII, 4. — Const. 5, III, 32. — fr. 15, D. XIII, 1. — Const. 1, C. VIII, 52.,

(4) Fr. 38, D. VI, 1.

(5) Fr. 48, D. VI, 1. — Fr. 14, § 1, D. X, 3.

(6) Inst. II, 1. — Dig. I, 8. — Caio, II, 1 e seg.

(7) § 1, J. ibid. — fr. 2, § 1, D. I, 8. — fr. 51, D. XVIII, 1.

(8) § 12, 18, J. ibid. Sonovi pure cose le quali non appartengono a nessuno, ma si crede che appartengano ad alcuno (*res quae nullius in bonis sunt*, *sed alicujus in bonis esse creduntur*); tali sono le cose pubbliche e quelle di una successione prima che alcuno erede sia conosciuto

3. Le cose abbandonate (*res pro derelicto habitae*), cioè quelle che avendo avuto un proprietario, sono state da lui abbandonate, senza essere state trasmesse in un' altra persona (1).

§. 163. B. *Delle cose private, comunitative, e pubbliche.*

Le cose appartenenti a una determinata persona, o sono proprietà di una o più persone particolari, ed allor sono cose *private* (*res privatae*) (2); o sono proprietà di una comunità, ed allor si dicono *res universitatis* (3); o sono proprietà dello Stato, ed allora sono cose *pubbliche* (*res publicae*). Se di queste due ultime qualità di cose l' uso ed il godimento appartengono a ciascun membro della comunità, ovvero a ciascun suddito dello Stato, per la destinazion particolare di dette cose, allor queste sono dette *res universitatis* e *res publicae*, in più ristretto senso (4): ma se loro destinazione è di servire esclusivamente all' uso della comunità o dello Stato, e che le rendite n' entrino nella cassa della corporazione o dello Stato, esse sono chiamate *patrimonium universitatis* ovvero *civitatis* (5).

§. 164. C. *Delle cose fuori commercio* (res extra commercium).

Le cose fuori del commercio sono quelle che i particolari uomini non possono avere nè in fatto nè in diritto. Tali sono:

1. Le cose di ragion divina (*res divini juris*), le quali erano *sacre*, *religiose* ovvero *sante* (*sacrae*, *religiosae*, *sanctae*) (6).
2. Quelle tra le *res humani juris*, le quali erano di ragion pubblica (*res publici juris*); al qual numero appartengono non solo quelle che sono *communia civitatum*, come i teatri, i circhi, ma quelle altresì l' uso delle quali è pubblico, come il mare, i lidi del mare, ed i fiumi (7).

(res publicae et res hereditariae antequam aliquis heres existit). fr. 1, pr. D. I, 8.— fr. 31, § 1, D. XXVIII, 5. — fr. 34, D. XLI, 1.

(1) § 47, J. ibid. — Dig. XLI, 7.

(2) Fr. 1, pr. D. I, 8.

(3) § 6, J. II, 1. — fr. 6, § 1, D. I, 8.

(4) Fr. 15, D. L. 16. — Spesso appo i Romani il termine di *res publicae* è sinonimo con quello di *res communes omnium*; per esempio ne' § 2, 4, 5, J. II, 1. — fr, 4, 5, D. I, 8.

(5) Il fr. 6, pr. D. XVIII, 1, nomina siffatta specie di beni dello Stato *peculium populi*, e li contrappone a quelli *quae in publico usu habentur*, ut *Campus Martius*. — Cf. fr. 17, D. L. 16.

(6) Le cose sacre erano consagrate alle divinità superiori, mentre che le religiose si lasciavano agli iddii mani (a); Caio, II, 4; ma Giustiniano conservando la distinzione, non ricorda cosiffatta origine affatto pagana. — Caio, II, 4, 8, sole due specie di cose distingueva in quelle di ragion precisamente divina; la terza specie, cioè le cose sante, non appartenendo al divin dritto se non impropriamente *(quodam modo)*, a cagion del rispetto ad esse dovuto, del pari che alle cose sacre e religiose.

(7) Inst. II, § 1-10.

(a) Cioè, agli iddii di sotterra, de' morti; che era uno de' tre significati da' Romani dati alla parola *Manes*. Ed appartenevano ad essi le cose religiose, le quali erano appunto quelle poste fuori commercio per servire al seppellimento de' morti. (*Il Trad.*)

SEZIONE IV.

DE' DRITTI E DEL LORO SOSTENIMENTO.

§. 165.

I diritti sono o *generali*, cioè a dire fondati sul dritto comune, ovver *particolari*, cioè introdotti *ex singularitate juris*. Tratteremo di questi ultimi nel capitolo secondo.

CAPITOLO I.

DE' DRITTI IN GENERALE.

§. 166.

Possono i dritti esser considerati secondo il modo di acquistarli, di conservarli e di perderli (1). Il sostenimento de' diritti in giustizia è un modo particolare di conservarli, e sotto questo aspetto appunto hanno i Romani risguardato i diritti nella pratica. Noi ne ragioneremo nel capitolo terzo. In generale l'acquisto, la conservazione e la perdita de' dritti procedono o in virtù della legge (2), oppur di atti volontari (3), i quali si dicono atti giuridici. Questi secondi sono *unilaterali* ovvero *bilaterali*, secondochè la volontà di una sola persona è sufficiente, o che la volontà concorde di più persone è richiesta: il testamento è un atto unilaterale; il contratto, per contrario, un atto bilaterale.

§. 167. *Della forma degli atti giuridici.*

La osservazion della *forma* richiesta per la legge, è necessaria alla validità di qualunque atto giuridico. La forma è il complesso delle prescrizioni della legge, dalla osservanza delle quali dipende generalmente la validità di un atto giuridico. Cotali regole si riferiscono tanto al contenuto ed all'obbietto di un atto, quanto alle solennità da osservarsi nel momento della sua stipulazione: le prime costituiscono la *forma interna*, le seconde la *forma esterna*, quali sono la scrittura dell'atto, la presenza de' testimoni ed il concorso dell'autorità (4). In regola generale, il dritto romano non esige

(1) Fr. 41, D. I, 3: « Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo. »

(2) Debbonsi ancora qui noverare le *fictiones juris*: tal è la *fictio legis Corneliae*, onde parla il fr. 12, D. XXVIII, 1, ed il fr. 28, D. XXVIII, 6. — Alteserrae, *De fictionibus juris*, edit. nov. cur. J. T. Eisenhart. Halae, 1769. — Chr. Gmelin, *Diss. de fictionibus jur. rom.* Tub. 1787. — A. S. Reiding, *Diss. de fictionibus apud Romanos*. Grœning. 1829.

(3) Fr. 41, D. I, 3: « *Aut enim hoc agitur*, quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem suam vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat. »

(4) La *confermazione* di un atto fatta dall'autorità è di due specie: talvolta essa è necessaria alla validità dell'atto, per esempio, § 1, J. I, 11; const. 22, C. V, 37; const. 13, C. V, 71; tal altra essa non è dimandata se non a maggior sicurezza dell'atto. Per questa ultima, un

esteriori formalità (1), ma nel caso ch' egli le ricerca, la osservazion loro è necessaria, sotto pena di nullità dell' atto (2). Quando la osservazion della forma esterna è rivocata in dubbio, colui il quale pretende ch' ella ci sia, deve darne la pruova.

§. 168. *Degli elementi constitutivi degli atti giuridici.*

Quanto agli elementi constituenti un atto giuridico, se ne distinguono tre:

1. L' elemento essenziale dell' atto e senza cui questo non esiste affatto (*essentialia*): ad esso non si può con una convenzione derogare (3). Le condizioni essenziali di un atto legale si suddividono in *generali* e *particolari*; le prime son comuni a tutti gli atti, le seconde son quelle che distinguono un atto di una specie da quello di un' altra.

2. L' elemento il quale, supponendo che l' atto sia stato perfetto nelle sue condizioni essenziali, ne è una *conseguenza naturale* (*naturalia*). Questo esiste senza bisogno di altra convenzione, ma può per particolare accordo esser distrutto o mutato; nel qual caso, chi invoca siffatto accordo è tenuto a provarlo (4).

3. Le *clausole accessorie* dell' atto giuridico (*accidentalia*). Intendonsi generalmente per tali le clausole non derivanti dalla natura medesima dell' atto giuridico, ma che debbono esser mai sempre determinate, sia che per convenzione, sia che per testamento. I mutamenti fatti per convenzione alle conseguenze naturali di un atto giuridico, sono similmente clausole accessorie (5), e chi le invoca, si deve provarle; eccetto, però, quando la perfezione e la validità dell' atto sono state a cosiffatte clausole subordinate, nel qual caso l' avversario è tenuto di provare che la clausola accessoria non ha punto avuto luogo, ovvero ch' ella è stata eseguita (6).

§. 169. A. *Delle condizioni essenziali* (7).
1. *Rapporto alla persona.*

Ogni atto giuridico essenzialmente esige per la sua validità, una *persona* capace di mutar lo stato de' propri diritti. Bisogna dunque:

1. Che questa persona goda l' *uso della sua ragione* e la *libertà della sua volontà*: i bambini (8), i furiosi, salvochè ne' lucidi intervalli, i mente-

atto nullo per sè stesso non diventa valido. — La confermazion di un atto non può nuocere al diritto acquistato da un terzo; cosicchè la clausola *salvo jure tertii* deve sempre esser sottintesa. — Phil. P. Brede, *Diss. de confirmatione actuum voluntariae jurisdictionis.* Marburg. 1801.

(1) Fr. 4, D. XXII, 4. — Const. 28, C. II, 4.

(2) Const. 5, C. I, 14.

(3) Nel caso medesimo che ciò avvenga, differentissime sono le conseguenze. V. per esempio: fr. 4; fr. 5, § 2; fr. 12, D. XXIII, 4. — fr. 1, § 45, 46, D. XVI, 3. — fr. 36, 38, D. XVIII, 1. — fr. 6, D. XLI, 6.

(4) Fr. 11, § 1, 2, D. XIX, 1. — fr. 5 § 4, D. XIX, 5. — fr. 24, D. XVI, 3. — fr. 3, D. XII, 1.

(5) In quanto agli *accidentalia negotiorum*, v. appresso, i §§ 178-186.

(6) Questa è la ragione, perchè chi pretende diritti resultanti da un atto, se gli si oppone l' atto essersi concluso sotto una condizione la quale non ne facea punto parte, deve provare l' atto essere stato conchiuso pura e semplicemente, ovvero che la condizione è stata adempiuta. fr. 10, D. XLV, 1. — La chiosa sopra la Cost. 9, C. VIII, 36.

(7) Non può qui esser quistione, se non delle condizioni essenziali e comuni a tutti gli atti (a).

(8) § 9, J. III, 19 (20).

(a) E non punto di quelle *essenziali particolari*, giusta la suddivision delle condizioni essenziali dallo stesso autore testè dichiarata, § 168, n° 1. (*Trad.*)

catti (1), quelli che sono in istato di compiuta ubbriachezza (2) o pure di collera (3), non possono in cosiffatte condizioni fare alcun atto giuridico.

2. Bisogna altresì che questa persona sia nello Stato riconosciuta come *perfetta e indipendente*; il perchè coloro i quali sono ancora sotto la paterna potestà, sotto tutela o cura, non hanno facoltà, per sè medesimi, di partecipare ad atto alcuno giuridico.

§. 170. 2. *Rapporto all' obbietto.*

In quanto al suo *obbietto*, un atto giuridico non può comprender cose le quali non abbiano o non possano avere esistenza alcuna in natura; sebbene possa egli comprender quelle non peranco esistenti o che possono esistere nel tempo avvenire (4). Il simile si dica delle cose fuori commercio (5), e delle azioni fisicamente impossibili, o anche moralmente (*contra bonos mores*) (6).

L' oggetto dell' atto giuridico non deve esser troppo generale ed indeterminato, e la sua esecuzione ovvero prestazione non può unicamente dipendere *dalla volontà* del debitore (7). Ancora, non può esser contrario alle leggi, nè recar pregiudizio alle ragioni de' terzi (8). Finalmente, una promessa la qual non dia vantaggio alcuno a cui ella è fatta, è nulla (9).

§. 171. 3. *Rapporto alla volontà ed al consenso.*

Ogni atto giuridico richiede il concorso della volontà e del consentimento delle persone contrattanti.

Il consentimento è: 1° *espresso*, quando lo si esprime a bocca o per iscritto, vale a dir con parole o con segni tenenti luogo di parole (10);

2° Esso è *tacito*, quando altri faccia cose non ammettenti altra spiegazion ragionevole, se non ch' egli ha voluto dare il suo consenso ad un atto (11);

3° Il consenso dato dopo che un atto ha avuto luogo, chiamasi *ratificazione* (*ratihabitio*): la quale, in regola generale, ha gli stessi effetti del consentimento dato innanzi (12).

(1) § 8, ibid. — Cpr. fr. 20, § 4, D. XXVIII, 1. — fr. 1, § 3, D. XLI, 2. — Const. 2, C. IV, 38. — Const. 9, C. VI, 22. — Const. 6, C. V, 70.

(2) Can. 7, C. XV, qu. 1. — Cap. 14, X, 3, 1.

(3) Fr. 48, D. L, 17 (a).

(4) Pr. § 1, J. III, 19 (20). — fr. 15, pr. D. XX, 1. — fr. 11, § 3, D. XX, 4. — fr. 8, pr. § 1; fr. 34, § 2, D. XVIII, 1. — fr. 11, § 18, D. XIX, 1 — fr. 73, D. XLV, 1. — fr. 17, pr. D. XXXII. — § 7, J. II, 20.

(5) § 2, J. III, 19 (20). — fr. 83, § 5, D. XLV, 1 — fr. 39, § 8-10, D. XXX.

(6) Fr. 31, 185, D. L, 17: « impossibilium *nulla est obligatio.* » — fr. 26; fr. 35, pr. § 1; fr. 141, § 4, D. XLV, 1. — fr. 112, § 3, D. XXX. — fr. 7, § 3, D. II, 14. — Const. 6, C. II, 3.

(7) Fr. 8, D. XLIV, 7. — fr. 17; fr. 46, § 3; fr. 105, § 1; fr. 108, § 1; fr. 115, pr. D. XLV, 1. — fr. 71, pr. D. XXX. — Const. 1, C. V, 11. Sopra le eccezioni a questa regola, *v.* fr. 69, § 4, D. XXIII, 3. — Const. 3, C. V, 11. — fr. 24, pr. D. XIX, 2.

(8) Const. 5, C. I, 14.

(9) Fr. 61, D. II, 14. — fr. 15, pr. D. VIII, 1.

(10) Fr. 38, D. XLIV, 7: « Placuit non minus valere quod *scriptura*, quam quod *vocibus* lingua figuratis significaretur. » — fr. 52, § 10, D. ibid. « sed et *nutu solo* pleraque consistunt. »

(11) Fr. 5, D. XLVI, 8: « Non tantum verbis ratum haberi potest sed etiam *actu.* » — fr. 20, pr. D. XXIX, 2. — § 7, J. II, 19. — fr. 2, § 1; fr. 57, pr. D. II, 14. — fr. 3, § ult. D. XX, 4. La regola ordinaria, *qui tacet, consentit*, non può valer come regola generale. fr. 142, D. L, 17: Qui tacet, non utique fatetur. » — fr. 8, § 1, D. III, 3.

(12) Fr. 12, § 4, D. XLVI, 3: *Ratihabi-*

(a) *In calore iracundiae.* (*Trad.*)

§. 172. 4. *Delle cagioni vizianti il consenso.*

Non è pertanto bastante che taluno faccia dichiarazione di volontà ; bisogna eziandio che il suo consenso sia *libero* e *vero*. Le cagioni che impediscono la libertà del consenso, sono : l' *errore*, il *dolo*, la *violenza* e la *simulazione*.

§. 173. a. *Dell'errore e della ignoranza.*

Benchè differenti in sè medesimi, l'errore e la ignoranza (*error et ignorantia*) si rassomiglian però quanto alle loro conseguenze legali. L' errore consiste in creder vero ciò ch' è falso, oppur falso il vero ; la ignoranza consiste soltanto nell'assenza totale di conoscenza di qualcuna cosa. L'errore o la ignoranza relativa ad un punto di dritto, chiamasi errore o ignoranza di dritto (*error s. ignorantia juris*) ; quella per contrario, relativa ad un punto di fatto, si nomina errore o ignoranza di fatto (*error s. ignorantia facti*) (1). È importante lo stabilire alcuni principj sulla influenza ch'esercitano l'errore e la ignoranza sopra gli atti giuridici.

I. Sonovi casi, ne' quali l'errore e la ignoranza, poco monta se di dritto o di fatto, non esercitano la menoma influenza : in essi, nessun richiamo di errore non è ammesso, e questo ridonda sempre in pregiudizio dello errante (2).

II. Sono altri casi, ne' quali si può ritornar sullo errore, il quale allora non reca mai pregiudizio, o ch'egli sia di diritto, o che di fatto (3).

III. In tutti gli altri casi, uopo è distinguere tra lo errore di dritto (*error juris*) e quello di fatto (*error facti*).

A. L'errore di dritto nuoce in tutti i casi in cui si sarebbe potuto cessare, consultando un giureconsulto (*error juris nocet*) (4). Ma se colui che allega l' errore è scusabile, per non aver potuto informarsi del suo dritto (*si copiam jcti non habuit*), allora è mestieri distinguere : 1° se l'errore gli fa perdere un guadagno (*lucrum s. compendium*), sì gli pregiudica (5) ; 2° s'egli rischia di perdere una parte della sua facoltà (*damnum*), non può ridomandar ciò ch' egli ha *di già pagato* per errore di dritto (*damnum rei amissae*) (6), ma nello stesso tempo non è egli tenuto a prestar *ciò che per errore ha promesso* (*damnum rei amittendae*) (7). Cotali regole generali portano eccezione quando si tratta di *minori*, di *soldati*, e di *contadini*, a' quali l'error di dritto non nuoce mai, o ch'essi se ne sieno migliorati, o che peggiorati, e quando anche l'errore si sarebbe potuto evitare (8). Sono similmente eccettuate le donne, alle quali la stes-

tio mandato comparatur. »— fr. 16, § 1, D. XX, 1. —fr. 20, pr. D. XIII, 7.—Const. 7, pr. C. IV, 28.— Const. 25, in fine, C. V, 16.

(1) Dig. XXII, 6. — Codice, I, 18. — Cujacio, *Recit. ad tit. Dig.*, nelle sue *Opere* t. VII, p. 128 e seg. — Duarenus, *Comment. ad Cod.* 1, 18. — Doneau, *Comm. jur. civilis*, I, 18-23.— G. M. Loth, *Nonnullae observat. ad tit. Dig. de juris et facti ignorantia.* Goett. 1804.

(2) Per esempio: fr. 4, 15, D. XXVIII, 1. — Const. 12, C. VI, 23. — § 12, J. I, 10. —Const. 1, 6, C. V, 6. — Const. 5, 9, C. I, 14. — Const. 4, C. V, 5.

(3) Per esempio: fr. 19, 20, D. XXXIX, 3. — fr. 22, D. XXIX, 2. — Const. 4, 5, 8, C. I, 18.

(4) Fr. I, pr. § 3, D. XXII, 6. — fr. 10, D. XXXVII, 1. — Const. 9, C. I, 14. — Const. 12, C. I, 18.

(5) Fr. 7; fr. 9, § 5, D. XVII, 6. — Const. 9, C. VI, 50.

(6) Fr. 32, § 2, D. XII, 6. — Const. 10, C. I, 18. La più parte degli autori son di avviso contrario, ma la citata const. 10 è contro di loro.

(7) Fr. 8, D. XXII, 6.—fr. 36, D. XLV, 1. — fr. 5, D. § 1, XIX, 1.

(8) De'minori e de'soldati, v. fr. 9, pr. § 1, D. XXII, 6. — fr. 7, § 6, D. IV, 4 — Const. 1, 11, C. I, 18. — Const. 2, C. II, 33. — Const. 22, pr. C. VI, 30. — Const. 5, C. IX, 23. — Degli abitanti delle campagne *(rustici)*: fr. 1, § 5, D. II, 13. —

sa ignoranza colpevole non può essere opposta nel caso che si trattasse di prestar ciò ch'è stato promesso (*damnum rei amittendae*) : per contrario, l'errore ad esse nuoce quando abbian fatto un guadagno, ovvero pagato (*lucrum*, *damnum rei amissae*) (1), salvo però se il pagamento fosse stato fatto in virtù di una obbligazione radicalmente nulla (2).

B. In regola generale, l'*errore di fatto* non nuoce punto, nè quando si tratti di guadagno, nè quando di perdita (3). Si ricerca nondimeno, che esso non sia l'effetto di una negligenza madornale, imperdonabile (4): ma anco in tal caso, l'errore di un fatto proprio (*error facti proprii*) debbe essere accompagnato da circostanze aggravanti (5). D' altro canto, non bisogna propriamente avere operato con la più scrupolosa circospezione, per cessare le nocevoli conseguenze dell'errore (6).

IV. In generale, chi invoca l'errore dee provarlo, salvo ch' egli non sia delle persone particolarmente favorite dalla legge, o che una presunzione non faccia a suo favore (7).

§. 174. b. *Del dolo* (8).

Il dolo (*dolus*) è generalmente qualunque alterazione intenzionale della verità, per indurre un altro a far cosa, che senza di ciò non avrebbe egli fatta. In siffatto largo sentimento, il romano diritto distingue il *dolus bonus* dal *dolus malus*. Il primo è quello che l' uomo adopera per difender sè stesso dagli ingiusti attacchi altrui, o per altro lecito fine: per esempio, quando uno asconda la verità per ritenere un furioso da tale atto che recherebbe danno a lui medesimo o ad altri (9). Il *dolus malus* ovvero *dolus* semplicemente, evvi mai sempre quando scientemente ed a studio si cerca di nuocere altrui con machinazioni fraudolente o con qualsivoglia altro argomento contrario alla legge: il dolo, in somma, è quel che noi chiamiamo raggiro, ingannamento o frode (10).

§. 175. c. *Della violenza e del timore* (11).

La violenza (*vis*) ed il timore (*metus*) sono generalmente nel rapporto

fr. 2, § 7, D. XLIX, 14. — fr. 3, § 22, D. XXIX, 5. — Const. 8, C. VI, 9.

(1) Fr. 2, § 7, D. XLIX, 14. — fr. 8, 9, pr. D. XXII, 6. — Const. 3, 10, 13, C. I, 18.

(2) Per tal guisa, di leggieri si conciliano la const. 10, C. I, 18, e la cost. 9, C. IV, 29. — Rosshirt opina che la const. 9 debba essere altramente interpetrata, perchè possono darsi casi ne'quali la ignoranza sembra relativa al dritto, dovechè in effetto ella riferiscesi al fatto. Cpr. fr. 32, § 2, D. XII, 6. — fr. 14, § 7, D. XI, 7. — fr. 27, § 1, D. III, 5. — Const. 11, C. II, 19.

(3) Fr. 2, 4, 8, 9, pr. D. XXII, 6. — fr. 1, § 1, D. XII, 6. — Const. 7, 10, C. I, 18.

(4) Fr. 3, § 1; fr. 6; fr. 9, § 2, D. XXII, 6. — fr. 5, § 1, D. XLI, 10. — fr. 15, § 1, D. XVIII, 1.

(5) Fr. 22; fr. 32, § 1, D. XII, 6.

(6) Fr. 6, D. XXII, 6.

(7) Fr. 25, pr. § 1, D. XXII, 3.

(8) Dig. IV, 3. — Codice, II, 21. — Paolo, *Sent. rec.* I, 8.

(9) Fr. 1, § 3, D. IV, 3. — Ever. Otto, *Diss. de dolo bono*, ad *L. 1*, *§ 3*, *D. de dolo malo*. Duisburg. 1720. — J. H. Schott, *De dolo malo*. Lugd.-Bat. 1814.

(10) Fr. 1, § 2, D. ibid: « Labeo sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, dicipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. » Cpr. fr. 7, § 9, D. II, 14. — fr. 7, § 3, 8; fr. 8; fr. 9, § 2; fr. 37, D. IV, 3. — fr. 6, § 9; fr. 11, § 5, D. XIX, 1. — fr. 35, § 8; fr. 57, § 3 D. XVIII, 1. — fr. 16, § 1, D. XIX, 5. — fr. 2, § 3, 5, D. XLIV, 4 — fr. 36. D. XLV, 1. — fr. 23, D. L. 17.

(11) Dig. IV, 2. — Codice, II, 20; VII, 67. — J. B. de Tiennes, *De eo quod metus causa gestum erit jure romano*. Lovan. 1824.

medesimo che la cagione e l'effetto. La violenza consiste nella minaccia di un male per indurre alcuno a commettere, mediante il timore da quella prodotto, un atto a lui pregiudizioso (1).

La violenza non corrompe un atto giuridico, se non quando ella è ingiusta (2), e quando il male o la minaccia che ingenera la paura, è tale da fare impressione in una persona ragionevole (3).

§. 176. d. *Della simulazione.*

La simulazione ha luogo ogni volta che una delle parti o tutte e due contraffanno ovvero nascondono la verità, oppur danno a' loro atti una falsa apparenza (4); poco imporando del resto, che la intenzion loro in così fare sia buona, indifferente, o cattiva. In questo ultimo caso, la simulazione prende natura di dolo (5).

§. 177. B. *Della natura degli atti giuridici.*

La *natura* degli atti giuridici comprende tutto quanto è, in diritto, la conseguenza e l'effetto di un atto, dall'istante ch'egli è divenuto essenzialmente perfetto, e che per la sua esecuzione non è bisogno di altre convenzioni. Le leggi determinano quelle qualità naturali degli atti giuridici, e loro conseguenti ed effetti, quali son riputati esistere infino a quando la prova del contrario risulti da una convenzione (§ 168). In principio generale, si può con una convenzione modificar la natura di tali atti, sempre che la legge espressamenc nol vieti (6).

§. 178. C. *Dele clausole accessorie degli atti.*

Le modificazioni accidentali di un atto giuridico debbono mai sempre essere spezialmente determinate, sia che per convenzione, sia che per testamento: queste adunque non si presumono mai, e chi le invoca deve sempre provarle. Esse riferisconsi tanto alla *modalità* dell'atto, cioè a dire alla maniera ed alle condizioni sotto le quali egli deve essere e rimanere valido, quanto alla sua *confermazione*.

§. 179. 1. *Della modalità.*
a. *Della condizione* (7).

Si può far dipendere la validità e gli effetti di un atto giuridico da una *condizione* (*conditio*). La condizione è uno avvenimento incerto (8), fu-

(1) Fr. 1, 2, D. IV, 2. — In ragion romana il vocabolo *vis* non altro dinota che la violenza fisica, e *metus* ogni altra minaccia, e per conseguenza eziandio la violenza morale.

(2) Fr. 3, § 1. D. ibid. La violenza illegale è pareggiata al dolo: fr. 14, § 13, D. ibid. — fr. 2, § 8, D. XLVII, 8.

(3) Fr. 5, 6, D. IV, 2: « Metus non vani hominis, sed qui merito et in constantissimo homine cadat. » — fr. 7, 9, D. ibid. Const. 9, C. II, 20. Il solo timor riverenziale inverso altre persone *(metus reverentialis)* non nuoce di niente: fr. 1, § 6, D. XLIV, 5. — Const. 6, C. II, 20.

(4) Fr. 30, D. XXIII, 2. — fr. 12, D. XXXIX, 3. — fr. 55, D. XVIII, 1. — fr. 3. § 2, D. XLIV, 7. — Const. 17, C. IV, 29. — Codice, IV, 22.

(5) Fr. 7, § 9, D. II, 14. — fr. 49, pr. D. XIX, 1.

(6) Per esempio: fr. 11, § ult. D. XIX, 1. — fr. 10, D. XVII, 2. — fr. 4, D. XIII, 7.

(7) Dig. XXVIII, 7, e XXXV, 1. — Codice, VI, 46.

(8) Della *conditio necessaria*, v. fr. 9, § 1, D. XLVI, 2. — fr. 7, D. XLV, 1.

turo (1), il qual non fa per ancor parte della natura dell'atto (2), e da cui per una particolar volontà si fanno dipendere taluni diritti.

La condizione è:

1. *Sospensiva* (*conditio suspensiva*) ovvero *risolutiva* (*conditio resolutiva*) (3), secondo che da essa si fa dipendere il cominciamento o la fine di un atto giuridico.

2. Ella è *positiva* o *negativa*, secondo che l'effetto di un atto dipende da che uno avvenimento abbia luogo, oppur no.

3. La condizione è *potestativa*, *casuale*, o *mista* (*potestativa*, *casualis*, *mixta*), secondo che il suo adempimento dipende dalla volontà di quello il cui dritto è stato ad essa subordinato, o dal caso, o dall'una e dall'altro insieme (4).

4. Essa è *possibile* (*conditio possibilis*), ovvero *impossibile* (*conditio impossibilis*): questa seconda si suddivide in condizione *fisicamente* impossibile, e *moralmente*, secondo che il suo adempimento è contro la natura o contro le leggi ed i buoni costumi (5).

Tantochè si dubbita se taluna condizione si adempierà, si dice: *conditio pendet*; se essa è realmente avvenuta: *conditio existit*; e quando è certo ch'essa non avverrà punto: *conditio deficit*.

§. 180. b. *Del termne.*

Si può a talento aggiungere un *termine* (*dies*) ad un atto. Il termine è *dies a quo*, ovvero *dies ad quem*, secondo ch'egli fa cominciare o cessare l'effetto di un atto (6). Nell'un caso parimente che nell'altro, il termine è *certo* (*dies certus*), allor ch'è certo ch'egli verrà ed il quando; è *incerto* (*dies incertus*), allorchè havvi incertezza dell'una e dell'altra cosa, oppur di una delle due. In generale, il termne incerto è riguardato come una condizione (7). Per quanto al *dies a quo*, sonovi ancora due espressioni a notare: *dies cedit*, significa esser venuto il dì che taluno acquista un diritto; *dies venit*, esser venuto il dì ch'egli può pretendere dal debitore l'obbietto del dritto (8).

(1) Della *conditio in præteritum vel præsens collata*: § 4, J. III, 15 (16). — fr. 4, § 2, D. II, 14. — fr. 10, § 1, D. XXVIII, 7. — fr. 37, 39, D. XII, 1.

(2) Della *conditio intrinseca s. tacita*, la qual discende dalla natura medesima dell'atto, e non ha quindi bisogno di essere espressa, *v.* fr. 21; fr. 41, § 1, D. XXIII, 3. — fr. 3, D. XXX. — fr. 99, 107, D. XXXV, 1.

(3) In diritto romano, un atto subordinato ad una condizion sospensiva, dicesi *negotium sub conditione* o semplicemente *conditionale*; la condizion risolutiva è designata con l'espressione *conditio quæ resolvit*. Per esempio: fr. 2, pr. D. XVIII, 2; fr. 2, § 3, 4, 5, D. XLI, 4. — fr. 3, D. XVIII, 1.

(4) Const. un. § 7, C. VI, 51.

(5) Sulla *conditio jurisjurandi*: fr. 8, pr. § 6, 7, D. XXVIII, 7. — fr. 29, § 2, D. XXIX, 1. — fr. 112, § 4, D. XXX. — fr. 14, § 1, D. XXXII. — fr. 20; fr. 26, pr.; fr. 97, D. XXXV, 1. — *Si divortium feceris* const. 5, C. VI. 25. — *Si non nupseris*: fr. 72, § 5; fr. 79, § 4; fr. 100; fr. 62, § 2; fr. 63, pr.; fr. 64, pr. D. XXXV, 1. — Const. 2, 3, C. VI, 40. — Nov. 22, c. 43, 44. — *Si nupseris*: fr. 10, pr.; fr. 63, § 1; fr. 28, pr.; fr. 71, § 1; fr. 101, pr. D. XVXV, 1. — fr. 23, D. XXVIII, 7. — Sulla *conditio viduitatis*: Zimmern, *Rechtsyes.* t. 1, § 173. — La condizione *religionis mutandæ et non mutandæ* non è mai contata per valida. Arg. Const. 5, C. VI, 25. Sonovi autori i quali professano una diversa opinione.

(6) I Romani disegnano il *dies a quo* con queste parole: *stipulari ex die*; ovvero: *stipulatio confertur in diem*: ed il *dies ad quem* con queste altre: *stipulari ad diem*. fr. 44, § 1, D. XLIV, 7. — § 2, J. III, 15 (16). — fr. 56, § 4, D. XLV, 1.

(7) Fr. 75, D. XXXV, 1. — fr. 56; fr. 16, § 1, D. XII, 6. — fr. 45, § 3, D. XLV, 1. — fr. 4, pr.; fr. 22, pr. D. XXXV, 2. Cpr. però le const. 2, 5, C. VI, 53.

(8) Fr. 213, pr. D. L, 16.

§. 181. c. *Del modo.*

In un atto può similmente occorrere un *modo*. Col qual nome generalmente s'intende ogni disposizione accessoria a titolo oneroso, con la quale chi vuol vantaggiare un altro restrigne la sua promessa, esigendo da lui ed obbligandolo ad una prestazione, in ricambio di ciò che riceve (1). Il modo può aver luogo tanto negli atti di beneficenza, quanto in quelli a titolo oneroso (2): ma vuolsi notare che ne' primi il donatore ha, in caso di mancata esecuzione del modo, la scelta d' intentar la sua azione o per la esecuzione, o per la restituzion del donato (3); dovechè negli atti a titolo oneroso l'azion si limita a domandar la esecuzione del modo. Del resto, niente non obliga colui il quale è tenuto di eseguire il modo, a compierlo, quando egli solo vi abbia interesse (4) (5).

§. 182. d. *Della causa.*

Ogni atto giuridico può annunziare una *cagione* (*causa*). Intendesi con tal nome il motivo determinante, il quale ha indotto una persona a dar qualche cosa ad un'altra (6). In generale, una falsa causa non nuoce (*falsa causa non nocet*); ma altrimenti è quando sia provato che il solo errore è stato cagione del dare (7) (8), o pure quando la causa è posta in

(1) Codice, VI, 45; VIII, 55.—fr. 17, § 4, D. XXXV, 1. Spesso il modo contiene nel tempo medesimo nna condizione: per esempio, fr. 21; fr. 41, pr. § 1, D. XXIII, 3.—fr. 4, § 2, D. II, 14.—fr. 80, D. XXXV, 1; overamente esso è espresso in forma di condizione, ed allora l'atto si fa esso medesimo condizionale.—*V.* Lehman, *Diss. de modo negotiis adjecto.* Lips. 1833.

(2) Fr. 41, pr. D. XVIII, 1.—fr. 58, § 2, D. XIX, 2.—*V.* nondimeno: Wæchter, *Doctrina de conditione causa data, causa non secuta.* Tubing. 1822, p. 89.

(3) Const. 3, C. IV, 38.—Const. 9, C. VIII, 54.—Const. 1, C. VIII, 55.—Const. 2, 3, 8, C. IV, 6.

(4) Ho creduto dover fare di qnesta ultima avvertenza dell'antore un periodo a parte, parendomi fuori di dubbio che ella si riferisca così agli atti di beneficenza, come agli onerosi. Nella forma preferita finora, è manifesto come il detto principio non possa riferirsi se non ai soli atti onerosi, contrariamente a tutte le antorità allegate, ed al contesto medesimo di tutto il presente paragrafo. Quanto alla ragione del mentovato principio, essa ci è data dal Gotofr. ad L. 13, § 2, D. XXIV, 2: « Quia modns insertus favore solius accipientis, non reddit actum modalem, sed liberum. » Ed anche meglio da Accursio: « Tunc enim accipiens non videtnr locnpletior, cùm de suo tantum amiserit. »—Giova altresì notare la differenza pel roman dritto fatta tra la condizione ed il modo, del resto tanto affini che nello stesso legale linguaggio spesso si confondono: la qual è che la condizione sospenda la esecuzion dell'atto, il modo no. Pertanto, il legato lasciato *sub modo* era *purum*, e potea domandarsi di presente, dando sicurtà di restituir la cosa quando il modo non fosse adempiuto; ma quello lasciato *sub conditione*, non era dovuto prima dello evenimento della condizione, e mancata questa del tutto, si estingueva.

(*Il Trad.*)

(5) Fr. 41, pr. D. XVIII, 1.—fr. 17, § 2; fr. 44, D. XL, 4.—fr. 13, § 2, D. XXIV, 1.

(6) § 31, J, II, 20.—fr. 3, D. XXXIV, 5.

(7) Nella traduzione del qual luogo, mi sono attenuto a Papiniano ed a' Dottori, per meglio dichiarare un punto di ragion romana non privo di difficoltà, ed anzi a prima vista contenente contradizione. Perciocchè da una parte è detto che la cagion falsa nuoce, per esempio se io dico: «voglio che il tale abbia cento ducati, perchè essendo io assente, ha governato le cose mie»: mentre che veramente colui non se n'è mal impacciato; dall'altra parte si dice che se nella ennunciazion della causa si provi che il datore abbia errato, il dono s'ha per non fatto: mentrechè vede ognuno che a questo secondo caso può precisamente applicarsi l'esempio del primo. Ma le proprie parole di

forma di condizione, nel qual caso deve ella esser riguardata come tale (1).

§. 183. e. *De' patti.*

Da ultimo, noi parleremo eziandio qui delle convenzioni accessorie adoperate per determinare e modificar la convenzione principale (*pacta adjecta*). Cotali accessorie convenzioni possono cambiar le conseguenze legali della convenzion principale (*detrahitur contractui*), ovvero introdurre tali disposizioni che, secondo la natura sola del contratto, non avrebbero avuto luogo (*adjicitur contractui*) (2); ma esse non possono esser contrarie ad un divieto espresso della legge (3). Noi ragioneremo più innanzi delle diverse spezie di patti.

§. 184. 2. *Della conformazion dell' atto.*
a. *Del giuramento.*

Il giuramento serve a dare maggior forza ad un atto giuridico (4). Il giuramento (*jusjurandum s. juramentum*), nello stretto senso della parola, è una dichiarazion fatta innanzi alla Divinità invocata come testimone della verità, e vendicatrice della menzogna e della mala fede scientemente adoperate. Il giuramento si fa o per accrescer forza ad una promessa (*juramentum promissorium*), o per confermare la verità di un fatto allegato (*juramentum assertorium*).

Si disputa per sapere quale effetto il giuramento promissorio, ch'è il solo appartenente al presente proposito, eserciti sulla promessa medesima. Il certo però si è, che in ragion romana egli non produce alcuna obbligazione, ma serve soltanto a rinforzar quella di già esistente, e ch'egli è senza effetto in un atto per se medesimo nullo (5). La ragion canonica, per contrario, stabilisce questo principio, che ogni giuramento fatto con ponderazione e libertà, quando non ha per fine un' azione illecita ovver contraria

Papiniano sono: «Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturum non fuisse.» Ed i Dottori spongono, voler esse dire che, sebbene la falsa cagione apposta al legato nol vizia mai tanto, che a rigor di dritto non si possa quello domandare, per la regola che la falsità della causa non nuoce; nondimeno ordinariamente, il più delle volte *(plerumque)*, osservarsi che l'erede faccia vana la dimanda del legatario con la eccezione *doli mali*, dimostrando come il testatore solamente per rispetto della cagione enunciata ha lasciato il legato, e che senza di quella non ne avrebbe fatto niente. In somma, dicono essi, tutte le volte che si può provare il legato essere stato dato in compensazione di qualche benefizio che si credea ricevuto, vi sarà luogo alla eccezion di dolo, generalmente opponibile a tutti coloro i quali dimandano qualche cosa fuori della volontà del defunto. (*Il Trad.*)

(8) Fr. 72, § 6, D. XXXV, 1. — fr. 9, pr. D. XXVIII, 5. — fr. 5, § 1, D. XIX, 1. — Const. 4, C. VI, 24.

(1) § 31, J. II. 20. — fr. 17, § 2, 3, XXXV, 1. — fr. 9, § 2; fr. 58, D. XVIII, 1.

(2) Fr. 7, § 5, 6, II, 14. — fr. 72, pr. D. XVIII, 1.

(3) Fr. 11, § ult. D. XIX, 1. — fr. 70, D. XVII, 2. — fr. 4, D. XII, 7. — Const. 3, C. VIII, 35.

(4) Dig. XII, 2. — Codice, II, 59; IV, 1. — Decret. II, 24. — Lib. Vitus, 2, 11. Clem. II, 19. — Malblanc, *Doctrina de jurejurando.* Norimb. 1781; ed. 2. Tubing. 1820. — Jo. God. Quandt Cpr. C. G. de Winckler), *Flores sparsi ad doctr. de jurejurando.* Lips. 1789. — Weber, *Von der naturlichen Verbindlichkeit*, § 118–123. — Gluck, *Comm.* 12.ª parte, § 789 e seg. — J. Alex. Mirus, *Observationes de jurejurando.* Berol. 1828. — Fr. Bayer, *Betrachtungen uber den Eig.* Novemb. 1829. — Fr. Jac. Muller, *Diss. de jurejurando canonico speciatim promissorio.* Bonnæ, 1831.

(5) Fr. 7, § 16, D. II, 14. — Const. 5, § 1, C. I, 14. — Sull'*Auth. sacramenta puberum*, C. II, 28, vedi Savigny, *Ist. del dritto rom. nel medio evo*, t. IV, p. 162.

a' diritti de' terzi, produce una obligazion particolare inverso Iddio, e che però tal giuramento attribuisce tutti i suoi effetti ad una promessa, la quale civilmente non ne produceva nessuno (1).

§. 185. b. *Della clausola penale.*

La clausola penale (*stipulatio poenae*) è altresì un mezzo proprio ad assicurare la esecuzion delle convenzioni. Intendesi per clausola penale qualunque prestazione stabilita con una convenzione accessoria, la quale uno de' contraenti si obliga dare all'altro, nel caso ch'egli non eseguisse in tutto o in parte l'obligazione impostagli dalla convenzion principale (2). Cosiffatta pena s' incorre sì tosto che il debitore trovasi in mora di eseguir la obligazione, ed il creditore ha allora l'arbitrio o di domandar la pena stipulata, o di esiger la esecuzione della obligazion principale (3). Egli non può domandare ad un tratto la pena e la cosa principale, se pur non sia stato espressamente così stipulato (4).

§. 186. c. *Dell'arra* (5).

L'*arra (arrha)*, molto spesso occorrente nelle convenzioni (6), è generalmente ciò che l'un de' contraenti dà all'altro per meglio guarentir la convenzione, o che prima, o che dopo della perfezione dell' atto. Nel primo caso, il quale ha luogo solamente quando in una convenzione realmente conclusa si è stipulato ch'ella non sarebbe perfetta ed obligatoria, se non dal momento che ne fosse redatto un atto e sottoscritto dalle parti, ciascun de' contraenti è ancora libero di disdirsi: se si disdice colui che ha dato, egli perde la cosa data; se per contrario colui che ha ricevuto la cosa, egli deve renderla a doppio (7).

Nel secondo caso, uno de' contraenti non può generalmente partirsi dall'accordo (8), se per avventura non fosse stata convenuta e data caparra pel caso di disdetto *(arrha poenitentialis)*; perciocchè allora chi ha dato l'arra può ritrattarsi perdendola, e similmente colui che l'ha tolta, rendendo il doppio (9).

(1) Cap. 28, X, 2, 24.—Cap. 2, *de pactis in VIto.* Se l'atto confermato dal giuramento è di quelli assolutamente vietati, o s'egli è nullo per manco di consenso, ha luogo la *relaxatio juramenti*: cap. 6, 8, 15, 20, X, 2, 24.—Non si è di accordo circa la quistione, se il dritto canonico si applichi a'protestanti.

(2) § 7, J. III, 15 (16). — § 19, ibid. 19 (20). — fr. 33, § 16, D. XLV, 1.— Const. 12, C. VIII, 38.—I Romani esigevano per questo effetto una stipulazione, senza la quale non si sarebbe potuto intentare alcuna azione.

(3) Const. 14, C. II, 3. Se si è espressamente convenuto che il debitore si libererebbe della obbligazione pagando la pena, questa prende la natura di *arrha pœnitentialis* (§ 186).

(4) Fr. 10, § 1, D. II, 14.—Const. 17, C. II, 4.—fr. 115, § 2, D. XLV, 1.

(5) L'università libera di Brusselles propose nel 1836, in un concorso per la cattedra d'Istoria e d'Istituzioni del dritto romano, la seguente quistione da trattare: *Dissertazione istorica e dommatica sulle arre.*

(6) Pr. J. III, 23 (24).—fr. 35, pr. D. XVIII, 1. — Ch. Thomasius, *De arrhis emptionum*; nelle *Diss. acad.* t. 2, n° 58.—Jo. A. Reuter, *De arrha pacto imperfecto data.* Halæ, 1747.—Zumbach, *De arrha contractuum.* Jenæ 1828.—Gottschalck, *Discept. for.* t. 2, c. 30.

(7) Pr. in fine, J. III, 23 (24).—Const. 17, C. IV, 21. Se la convenzione è annullata di consentimento delle due parti, la caparra dev'esser restituita. fr. 11, § 6, D. XIX, 1.—Const. 3, C. V, 1.

(8) Const. 3, C. IV, 44.

(9) Const. 6, C. ibid.

§. 187. *Della nullità degli atti.*

La nullità di un atto giuridico risulta dalla mancanza di una delle condizioni richieste per la sua validità, o che questa risguardi la forma esteriore dell'atto, o che il suo contenuto: come pure essa è la conseguenza di una contraffazione alla legge.

1. In dritto romano, cotal nullità generalmente ha luogo di pieno dritto (*negotium ipso jure nullum*, *inutile*), quando bene la legge non la pronunziasse espressamente (1). In cosiffatti casi, l'atto è insussistente in diritto (*nihil agitur*), e perciò non porta gli effetti ad esso proprii, neppur quando le parti glieli volessero attribuire: di guisa che la insussistenza di un atto è indipendente da qualsisia giudiziale dichiarazione. In altri casi, un atto non diventa nullo se non quando l'una delle parti non vuol ch'egli porti i suoi effetti (*ope exceptionis nullum*), ovvero quando, a costei dimanda, il giudice lo dichiara nullo (*negotium rescinditur*). Tal è principalmente la eccezione *doli mali*, *quod metus causa*; la rescission di un testamento inofficioso (*testamentum inofficiosum*), la restituzione in intero (*restitutio in integrum*), ec. (2).

2. Circostanze sopraggiunte dipoi, e nelle quali l'atto non sarebbe stato contrattato, nol fanno di per sè sole nullo (3).

3. Il momento in cui un atto è stato conchiuso, è quello il quale hassi a considerar nello esame della sua validità (4); intantochè un atto nullo da principio, non si convalida perciò solamente che in appresso i motivi d'invalidità spariscono (5).

4. La nullità parziale di un atto non vizia per nulla la parte valida e che può star per se stessa (6).

5. Un atto nullo può nondimeno conservare i suoi effetti, mediante la *conversione*, cioè a dire la trasformazione in un altro atto. Sono casi, nei quali siffatta conversione ha luogo *ipso jure*, per esempio quando in un contratto di vendita si è convenuto che il prezzo della cosa venduta non possa esser chiesto (*ne petatur pretium*); nel qual caso la vendita si trasforma in donazione (7). Altri casi vi sono, ne' quali la conversione non si fa, se non per dichiarazione di chi può ordinarla; per esempio, quando si tratta di una clausola codicillare (*clausula codicillaris*) (8).

§. 188. *Della interpetrazione degli atti.*

La interpetrazion degli atti è di tre sorte, *autentica*, *usuale*, e *dottrinale*; secondo ch'essa è o data dagli autori medesimi dell'atto, o fondata in sull'uso generalmente ammesso, oppur sulle regole della ermeneutica del dritto.

1. Nella interpretazione autentica, uopo è guardare se l'atto proviene da una sola persona, come un testamento, o s'egli è il resultato del concorde

(1) Const. 5, pr. C. 1, 14. — Cap. 64, *de reg. jur.* in VIto. — Vinnius, *Select. quest.* lib. 1, c. 1.

(2) § 1-5, J. IV, 13.

(3) La regola che in qualunque atto la clausola *rebus sic stantibus* s'intende implicita, è falsa.

(4) Fr. 8, pr. D. XVII, 1. — fr. 78, pr. D. XLV, 1.

(5) Fr. 29, D. L. 17: « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. » fr. 201; fr. 210, D. ibid. fr. 1, D. XXXIV, 7.

(6) Fr. 1, § 5, D. XLV, 1: « Utile per inutile non vitiatur. » Esempio, fr. 29, D. XXII, 1. — fr. 11, § 1, D. XIII, 5. — Const. 36, § 3, C. VIII, 54.

(7) Fr. 36, 38, D. XVIII, 1. — fr. 6 D. XLI, 6.

(8) Fr. 1, D. XXIX, 7. — Const. 8, § 1, C. VI, 36.

consentimento di più persone, come una convenzione. Nel primo caso, l'espressioni dubbie hanno ad interpetrarsi in que sentimento che l'autore ha voluto lor dare (1); nel secondo, la interpetrazione autentica dell'atto richiede il concorso di tutte le parti interessate, e la splegazion data da una di esse non può pregiudicare alle ragioni ddl'altra.

2. L'interpetrazione usuale è soprattutto applcabile agli atli in cui sonosi adoperate parole ed espressioni, le quali secondo il linguaggio generalmente ricevuto nel paese, hanno un determinato senso, ch' esse debbon serbare infino a tanto che non sia dimostrato l'autor dell'atto aver voluto attribuirgliene un altro (2). Ne' casi così fatti, vuolsi parimente esaminare se per avventura il dubbio, a cui la disposizione dell'autore ha dato cagione, non sia già altra volta occorso e stalo tolto per via di legale decisione (3).

3. La interpretazion dottrinale si regola co' picipj segnenti:

a) Ogni oscura e dubbia espressione adoperata dall'autore dell'atto, debbe maisempre spiegarsi secondo la sua verace intenzione, la qual devesi studiar di trovare nelle parole, nello stile, nelle circostanze e ne' rapporti degli interessati (4).

b) Quando non si può con certezza riconoscere qual è stata la propria intenzione dell'autore dell'atto, l'espressioni oscure debbono avere una spiegazione tale, che il men possibile si discosti dalla natura stessa dell'atto: epperò la interpretazion loro sarà fatta contro colui che pretende un diritto particolare e contrario alla natura dell'atto, quando egli avrebbe dovuto più chiaramente esprimersi (5).

c) Se il dubbio cade soltanto sulla quantità di ciò che uom debba, l'espressioni oscure debbono essere interpetrate nel modo men pregiudiziale a colui che ha promesso (6).

d) Finalmente, quando le parole dall'autore usate sono talmente incerte e dubbiose ch' egli è affatto impossibile di riconoscere la sua volontà, la disposizione è nulla (7); nondimeno, tanto che la interpetrazione può in qualche modo spiegarla, devesi lasciarla sussistere (8) (9).

(1) Quisque verborum suorum optimus est interpres. fr. 96, D. L. 17. — fr. 21, § 1, D. XXVIII, 1.

(2) Arg. fr. 37, 38, D. 1, 3. — fr. 21, § 1 in fine, D. XXVIII, 1. — fr. 69, § 1, D. XXXII. — fr. 9-12, D. XXXIII, 6.

(3) Per esempio: fr. 13, pr. D. XXVII, 2. — fr. 17, § 1, D. XXX. — fr. 10, § 1, D. XXXIV, 5.

(4) Fr. 219, D. L, 16. — fr. 67, D. L, 17. — Per es: fr. 3, § ult. D. XXXIII, 10. — fr. 33, D. XXXIV, 2. — fr. 22, D. XXXIV, 1. — fr. 14, D. XXXIII, 1. — fr. 75, D. XXXII.

(5) Interpretatio facienda est secundum naturam negotii. — fr. 3, D. XII, 1. — fr. 11, § 1, 2, D. XIX, 1. — fr. 72, pr. D. XVIII, 1. — Interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui potuisset ac debuisset. fr. 172, pr. D. L. 17. — fr. 39, D. II, 14. — fr. 21, D. XVIII, 1. — fr. 38, § 18, D. LXV, 1. — fr. 26, D. XXXIV, 5.

(6) In dubio id qnod minimnm est sequimur. fr. 9, 34, D. L. 17. — fr. 52, D. XIX, 2. — fr. 1, § 4, D. XLV, 1.

(7) Fr. 188, D. L. 17. — fr. 2; fr. 10, pr.; fr. 21, 27, 28, D. XXXIV, 5.

(8) Fr. 12, D. ibid. — fr. 80, D, XLV, 1.

(9) I due testi citati dall'antore non di altro ragionano che del caso di ambiguità, cioè (come più chiaramente spiega il fr. 67, D. L, XVII) « quotiens idem sermo duas sententias exprimit: » nel qual caso il dritto romano ordinava si preferisse quella interpetrazione che lasciava sussister l'atto a quella che per avventura il facesse nullo. Ma se questo volle ricordar l'autore, mi par di vedere poca connessione col resto del periodo, ed anche minore chiarezza nella espressione. Mi sono studiato di ovviare alquanto traducendo, ma non ho ardito mutar di pianta.

(*Il Trad.*)

§. 189. *Dell' acquisizione de' diritti.*

I diritti non aventi lor fondamento negli atti giuridici, sono da noi acquistati per la forza della legge, o nel momento del nostro nascimento, o nel proceder di nostra vita, o a morte di alcuno (*acquisitio inter vivos, mortis causa*). Ve n' ha di quelli che s' ingenerano nella nostra stessa persona, mentrechè altri pur ne sono, i quali ci son trasmessi da altrui. In ordine a questi ultimi, noi distinguiamo particolarmente la *successio per universitatem* e quella *in singulas res* (1).

§. 190. *Principj generali sull' acquisizion de' diritti.*

Mal si avviserebbe chi volesse qui porre de' principj veramente generali; stantechè i particolari diritti differiscono altresì gli uni dagli altri nella maniera in cui si acquistano. Ben molti punti, altra volta generalmente ammessi, sono poi stati messi da banda; per esempio, la differenza tra il titolo *(titulus)* e il modo di acquistare *(modus acquirendi)* (2): solamente sonosi conservate alcune considerazioni di equità, come a dire, che non si può acquistare ed esercitar certi diritti, senza proprio pro, e con pregiudizio altrui (3); parimente, che non si può farsi più ricco a spese di un altro (4); ancora, che concedendo un diritto si accordano altresì tacitamente i mezzi di pruova (5), ec.; ma tutte cosiffatte regole si presentano, nelle fonti, sotto particolari rapporti, e sono ordinariamente combinate con un altro principio di dritto.

§. 191.

Tra i principj che si danno *come generali*, sono pure indicati i seguenti:

1. Nessuno può trasferire in altrui più di dritto che non abbia egli stesso (6).
2. Puossi invece acquistare un diritto da sè medesimo o per mezzo di altri: e questo, in ragion moderna, si può non solo per mezzo delle persone che si hanno in propria potestà, ma eziandio per procuratori (7).

(1) Fr. 1, § 13, D. XLIII, 3. — fr. 3, § 2, D. XLIII, 19. — I dritti non trasmessibili, o che tali sono solamente sotto un certo rapporto, sono importantissimi.

(2) Vedi appresso, il § 256.

(3) Fr. 1, § 12, D. XXXIX, 3. — fr. 38, in fine, D. VI, 1.

(4) Muhlenbruch, *Doctrina Pand.* 1, § 117. — Cicerone, *De officiis*, III, 5.

(5) Muhlenbruch, 1, § 129.

(6) Fr. 54, D. L, 17: « Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet. »

(7) Ecco quali erano i principj della ragion romana:

1. Il padre di famiglia acquista di pieno dritto per mezzo delle persone sottoposte alla sua potestà.

2. Nessuno può acquistar per mezzo di strani *(personæ extraneæ)*, cioè a dire per mezzo di persone non poste sotto la sua potestà. I procuratori adunque non erano ammessi ad acquistar dritti al loro principale. — Caio, II, 86-96; III, 163-167. — Ulpiano, XIX, 18-21. — Inst. II, 9; III, 17 (18); III, 29 (30). — fr. 73, § 4; fr. 123, pr. D. L, 17. — fr. 11, D. XLIV, 7. — Hugo, *Rechtsg.* p. 233, 299. — fr. 10, 17, 18, 19, 21, 23, D. XLI, 1. — Codice, IV, 26, 27. — Tempo appresso, il secondo di detti principj fu mutato, e si distinse tra le acquisizioni civili e le naturali: queste seconde potevano aver luogo per via di terzi estrani, quando essi erano stati incaricati dell' acquisto, o che i loro atti erano ratificati. — Paolo, V, 2, 2. — § 5, J. II, 9. — fr. 53, 13, 20, § 2, D. XLI, 1. — fr. 41, D. XLI, 3. — Const. 1, C. VII, 32. — fr. 3, § 7, D. XXXVII, 1. I seguenti luoghi dimostrano che, anco secondo il dritto romano di Giustiniano, le *personæ extraneæ* non potevano civilmente acquistare: fr. 53, D. XLI, 1. — fr. 123, pr. D. L, 17. — Const. 1, C. IV, 27. — fr. 90, pr. D. XXIV, 2. — Const. 5, C. VI, 30.

3. Un diritto compiutamente acquistato chiamasi *jus praesens*. Qualunque diritto, per contrario, che l'uomo aspetti, ma ch'egli non abbia peranco realmente acquistato, è *jus futurum*; il qual si divide in *jus delatum*, quando l'acquisizione dipende dalla sola volontà dell'acquistatore (1), ed in *jus nondum delatum*, quando quella dipende pure da altre circostanze e condizioni, le quali se venissero a mancare, renderebbero l'acquisto del dritto impossibile.

§. 192. *Della conservazion de' diritti.*

A' mezzi diretti a conservare ed assicurare i diritti, appartengono:

1. La *protesta*, cioè a dire la dichiarazion formale, con cui noi ci preserviamo dalle nocevoli conseguenze che si potrebbono contro di noi dedurre dalle nostre parole ovvero da' nostri atti (2).

2. La *riserva*, cioè a dire la conservazione espressa di talune ragioni, la cui rinunzia sarebbe o potrebbe esser conseguenza del nostro atto.

3. Il *dritto di ritenzione*, ossia il dritto di tener presso di noi l'altrui cosa, da noi posseduta per un legittimo motivo, in forza di un credito di cui tale cosa forma l'obbietto o che a lei si rapporta, infino a che il credito non sia stato soddisfatto (3). Cosiffatto diritto non può esercitarsi se non tantochè si possiede la cosa, e lo si fa valere mediante la eccezione di dolo *(exceptio doli)*, contro l'azione dall'avversario intentata per la restituzion della cosa (4).

4. La *cauzione*, la qual comprende ogni sicurtà da una persona data ad un'altra per assicurar la esecuzione di una obbligazione (5). Essa dividesi in *cauzion verbale*, la qual si fornisce o per promessa giurata *(cautio juratoria)* (6), o con semplice promessa, ma in questo caso richiedevasi in dritto romano una stipulazione *(repromissio)* (7); ed in *cauzion reale*, alla qual particolarmente appartiene quella che si fa con dar fideiussore o mallevadore *(fidejussio s. satisdatio)* (8) e quella che con dar pegno (9).

5. La *messione in possesso (missio in possessionem s. in bona)* di tutti i beni o di particolari cose di altrui, accordata dal pretore, per assicurar taluni diritti di colui che si manda al possesso (10). Per tal mezzo, questi acquista la detenzione della cosa, nello stesso tempo ch'egli si obliga a conservarla *(custodire)* ed amministrarla (11). Oltracciò, egli ottiene per cotal messione in possesso un dritto di pegno sulla cosa (12), e quando è impossessato *damni infecti causa*, *ex secundo decreto*, egli ha la proprietà della co-

(1) Fr. 151, D. L, 16: « *Delata hereditas* intelligitur, quam quis adeundo possit consequi. »

(2) Wippermann, *De protestationum natura, vi et effectu*. Rintel. 1779.

(3) Bœhmer, *de jure retentionis*; nelle sue *Elect. jur. civ.* t. 2, nº 13. — Schmidt, *Diss. de his, quæ ad exercendum jus retentionis necessaria sunt*. Jenæ, 1785. — Schnorr, *De jure retent.* Lips. 1808. — J. A. Truter, *Diss. de jure retent.* Traj. ad Rhen. 1814. — Gluck, *Comm.* P. XV, § 936, 37.

(4) Per es: § 30, J, II. 1. — fr. 23, § 4; fr. 27, § 5; fr. 48, D. VI, 1. — fr. 14, D. XLIV, 4. — fr. 18, § 4, D. XIII, 6. — fr. 1, pr. D. XX, 6. — fr. 14, § 1, D. X, 3. — fr. 8, pr. D. XIII, 7. — Const. 29, C. V, 12. — Const. un. C. VIII, 27.

(5) Inst. IV, 11. — Dig. II, 8; XLVI, 5-8. — Codice, II, 57.

(6) § 2, J. IV, 11. — Const. 12, pr. C. XII, 19. — Nov. 112, cap. 2.

(7) Inst. III, 18 (19) — fr. 1, D. XLVI, 5.

(8) Const. 3, C. VI, 38. — fr. 1, D. II, 8.

(9) Fr. 1, § 9, D. XXXVII, 6.

(10) D. XXXVI, 4; XXXVII, 9; XXXIX 2; XLII, 4, 5; XLIII, 4. — Codice, VI, 54; VII, 72. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. 23, cap. 11, 12.

(11) Fr. 1, 12, D. XLII, 4. — fr. 5, § 5, D. XXXVI, 4. — fr. 3, § ult.; fr. 10, § 1, D. XLI, 2.

(12) Fr. 3, pr. § 1, D. XXVII, 9. — fr. 26, pr. D. XIII, 7. — Cod. VIII, 22.

sa, se l'avversario l'aveva: in tutti i casi, ei gode il benefizio della usucapione (1).

6. L'*arresto*, cioè la restrizione inflitta dal giudice alla libertà personale del debitore o alla libera disposizion della sua roba, per sicurtà del creditore. Lo eseguimento dell'arresto presuppone una giusta cagione, vale a dir ch'è d'uopo vi sia manifesto pericolo che il creditore sarebbe privato o almeno impedito di far valere suo dritto, se il debitor conservasse la libertà della sua persona o quella di disperre de' suoi beni (2).

§. 193. *Della estinzione de' dritti.*
A. *Col consenso dell' avente dritto.*

I diritti, acquistati che sieno, continuano ad esistere infino al sopravvenimento di un particolare motivo, la cui conseguenza è di farli cessare.

A. Siffatto motivo può risultar dalla voontà di colui al quale i diritti competono: e così i dritti si estingnono:

1. Per la *rinunzia (renunciatio)*, la qual consiste nell'abbandono di un dritto senza che lo si trasferisca in altra persona (3): ma bisogna che il dritto realmente ci appartenga (4) e che noi abbiamo una cognizione esatta dell'obbietto della rinunzia (5).

2. Per l'*alienazione*. Nel senso più largo, intendesi per tale ogni cangiamento da noi operato ne' nostri rapporti giuridici, così il trasferimento di un dritto a pro di altrui, come la rinunzia di esso, lo stabilimento di una servitù, di un dritto di pegno o d'ipoteca, e l'accettazion di un pagamento; in senso alquanto più ristretto, l'alienazione è il trasferimento e la cessione di un dritto (6); e nello strettissimo senso, l'alienazion di una cosa è

(1) L'impossessamento *ex secundo decreto* ha luogo solamente nel caso che si è realmente ricevuto danno *(damnum infectum)*, allorchè *il primo decreto* è stato infruttuoso, cioè a dire quando la cauzione *damni infecti* non è stata data nel tempo prescritto.

(2) In dritto romano, l'arresto è un *mezzo di esecuzione*, quando il debitore è già condannato (*pignoris capio*, § 323, in fine); ma non vi è riconosciuto come *mezzo di sicurezza* avverso un debitore non peranco condannato (a). Siffatto mezzo fu introdotto in Alemagna dalla giurisprudenza e legislazion dell'Impero del 1570, § 84; del 1594, § 82; del 1600, § 60.—Mevius, *De arrestis*, ed. nov. Lips. 1737. — Gluck, *Comm.* t. VI, § 520.

(3) Fr. 41, D. IV, 4. — Const. 29, C. II, 3: « Quilibet juri pro se introducto renunciare potest. » Cost. II, C. IV, 1: « Ad jura renunciata non datur regressus. » — Const. 4, C. II, 3. — Const. 51, C. I, 3. — Pfolenhauer, *Diss. utrum et quatenus legibus præsertim prohibitivis renuntiari possit?* Vitteb. 1792.

(4) Fr. 174, § 1, D. L, 17: « Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest. »

(5) Fr. 19, D. V, 2. — fr. 8, D. V, 3.

(6) Const. 7, C. IV, 51. Bisogna qui notare la regola: *Nemo plus juris in alterum transferri potest, quam ipse habet.* fr. 54, D. L, 17.

(a) Ma la introduzione che dell'arresto si fece, fu al tutto conforme agli stessi principj del romano diritto, per tutte le ragioni che se ne possono leggere in Voet, *Comm. ad Pand.* lib. 2, tit. 4. Vuolsi solamente avvertire, che il vocabolo di *arresto* appropriato così al ditenimento della cose, come a quello delle persone, è qui rettamente usato dall'autore, contro quel che forse ne sembrerà a chi non conosca il proprio ed originario valor della parola. Infatti la traduzion di Colle, credendo così cavarsi d'imbarazzo, in luogo di arresto pone *sequestro*. Ma bisogna sapere che il primo e stretto significato di *arrestare*, verbo ignoto a' latini e sol da' barbari introdotto nelle volgari favele, fu di *fermar per forza*, come appunto spiega il Vocabolario; tantochè i dotti in latinità sogliono in sua vece usare l'antico *sistere*, e questo così delle cose, come delle persone. L'arresto dunque di cose, significante il fermarne, impedirne per forza di giuridica autorità la libera disposizione, è termine proprio della disciplina legale, e conforme al suo intrinseco valore, sebbene oggi l'uso faccia suonar come più regolare l'*arresto personale*. (*Il Trad.*)

la trasmessione della proprietà ad un altro (1). Chi ha la proprietà di una cosa ha pure, in generale, il dritto di alienarla, se da particolari motivi non gli è tale alienazione interdetta. Il divieto di alienare può esser fatto o da una disposizion legale ovvero giudiziale (2), o da una disposizion testamentaria, o da un contratto. L'alienazione fatta contro il divieto della legge o del giudice è nulla, e colui in favor del quale essa era stata divietata, ha un'azion reale contro del terzo (3). La inosservanza di una proibizion di alienare fatta per testamento, dà luogo quando a un'azion reale contro il terzo, quando ad un'uzion personale per risarcimento contro l'alienante, secondochè il testatore ha proibito, in favor di un terzo, l'alienazione di una cosa sua propria, o di quella di un suo legatario (4). La inosservanza di una proibizion di alienare fatta per convenzione non dà luogo, in generale, ad altro che ad una azion personale per danni ed interessi contro l'alienante, se già il contratto medesimo non vi ha provveduto mediante il patto *reservati dominii* ovvero *reservatae hypothecae* (5).

§. 194. B. *Malgrado dell' avente dritto.*

B. Un dritto può, contro la volontà di colui al quale appartiene, estinguersi per molti diversi motivi. Ecco nondimeno alcune regole generali:

1. Quelli dritti de' quali uno stato (*status*) forma la condizione, se ne vanno insiem con quello stato.
2. I dritti reali mancano insiem con la cosa formante il loro obbietto.
3. I crediti ammortati per qualsivoglia modo. Tanto i dritti reali, quanto le obligazioni si estinguono dipoi :
4. Quando chi ha conceduto altrui un dritto sopra una cosa, perde quel dritto il quale fin da principio era temporaneo e rivocabile (6), ovvero quando per motivi posteriori egli ne effettua la revocazione (7).
5. Col sopravvenire della condizion risolutiva, o pur del termine pel quale il dritto era concesso (8).
6. Pel manco d' interesse dalla parte dell' avente dritto (9).
7. Quando si ritoglie a qualcuno il suo dritto per cagion di mal uso o di qualunque altro delitto (10).
8. Finalmente, per la prescrizione.

§. 195. *Del tempo, ne' suoi rapporti co' dritti.*

La legge spesso restringe a un certo spazio di tempo, ad un termine (*tempus*), l'acquisto, l'esercizio e la perdita de' dritti, di guisa che non possano essere esercitati se non entro quel tempo oppure quando esso è di già spirato. Il dritto romano distingue:

(1) Fr. 67, pr. D. L, 16. — Const. 1, C. V, 23.

(2) Pr. § 2, J. II, 8. — Cost. un. § 15, C. V, 13. — Const. 12, 13, C. V, 71. fr. 1, pr; fr. 10, pr. D. XXVII, 10.

(3) Fr. 5, § 15, D. XXVII, 9. — Const. 16, C. V, 37. — Const. 15, C. V, 71. — fr. 13, § 3, D. XXIII, 5. — Const. 30 in fine, C. V, 12. — fr. 12, D. XLI, 3. — fr. 6, D. XLV, 1.

(4) Const. 1, 2, 3, § 2, 3, C. VI, 43. — § 5, J. III, 28. — fr. 88, § 14, D. XXXI; fr. 3, §. 3, D. XXXVI, 1.

(5) Fr. 75, D. XVIII, 1. — fr. 21, § 5, D. XIX, 1. — fr. 135, § 3, D. XLV, 1. — Const. 3, C. IV, 6.

(6) Giusta la regola: *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.* V. sopra ciò il § 254.

(7) Per es: Const. 8, 10, C. VIII, 56.

(8) Per es: fr. 4, pr. D. VIII, 1. — fr. 4, D. VII, 1. — fr. 6, pr. D. XX, 6. — fr 44, § 1, 2, D. XLIV, 7.

(9) Fr. 8, § 6, D. XVII, 1. — fr. 136, § 1, D. XLV, 1.

(10) Per es: Const. 3, C. XI, 42. — Cap. 24, X, 5, 33.

1. Relativamente al termine medesimo, il termine ossia spazio di tempo *continuo* (*tempus continuum*) dallo spazio *utile* (*tempus utile*). Ma cosiffatte espressioni si riferiscono così all'epoca in cui un termine comincia, come alla sua durata e distesa. Avuto risguardo all'epoca in cui un tempo comincia a correre, intendesi per *tempus continuum* quello incominciante dacchè uno avvenimento è accaduto, quando anche colui, a pro del quale egli corre, non abbia avuto notizia di detto avvenimento (1): per contrario, intendesi per *tempus utile* quello cominciante sol dal momento che colui a pro del quale egli corre, ha avuto cognizion dell'avvenimento (2). Quanto alla sua durata, il *tempus continuum* è quello in cui tutti i giorni, cominciato che abbiano a correre, sono contati appunto come si seguono nel calendario; ma il *tempus utile* è quello in cui non si contano i giorni ne' quali è interdetto di sperimentar suo dritto in giustizia (*experiundi potestas*) (3).

2. Relativamente allo spirar di un termine, havvi una differenza tra la computazion del termine *naturale* e quella del termine *civile*. Nella prima si conta di momento a momento, e lo spazio di tempo che corre da un certo avvenimento non è compiuto se non quando l'ultimo momento è passato (4). Nella seconda invece si conta da giorno a giorno, e si applica la regola: *dies novissimus coeptus pro completo habetur*. In dritto romano, *dies novissimus, postremus* o *supremus* è l'ultimo giorno di un termine. Per esempio, nel termine di un anno incominciante nel dì primo di gennaio, il *dies novissimus* è il dì 31 di decembre, e da che questo giorno è cominciato, perciò dopo mezzanotte tra 30 e 31 di decembre, il termine è *civilmente* compiuto (5).

CAPITOLO II.

DE' DIRITTI PARTICOLARI (JURA SINGULARIA) E DE' PRIVILEGI.

§. 196. I. *Nozion generale del* jus commune e singulare.

Le leggi positive contengono e sanciscono regole di dritto generali e naturali (*regula juris s. ratio juris*), ovvero statuiscono per particolari ragioni alcuni principj devianti da così fatte regole generali. Nel primo caso, le leggi stanziano un *dritto comune* (*jus commune*), nel secondo, un *dritto particolare* (*jus singulare s. exorbitans*) (6). Quest' ultimo è un dritto favorevole o sfavorevole (*jus singulare favorabile s. odiosum*), secondo ch' esso racchiude, contro la comun regola, risguardo a quelli pe' quali è statuito, una estensione oppure una restrizion particolare de' loro diritti. Il dritto particolare favorevole si chiama in dritto romano *beneficium juris* o anche *privilegium*, il qual è di due specie: *beneficium personae*, quando esso è stato conceduto ad una sola persona (7), e non può essere esercitato

(1) Fr. 8, D. III, 2. — fr. 31, § 1, D. XLI, 3. — fr. 55, D. XXI, 1. — Const. 8, C. II, 21. — Const. 5, C. IX, 9.

(2) Fr. 8, D. III, 2. — fr. 6, D. III, 6. — Const. 2, C. VI, 9. — Const. 19, C. VI, 30.

(3) Fr. 1, D. XLIV, 3. — fr. 2, D. XXXVIII, 15.

(4) Per esempio: fr. 3, § 3, D. IV, 4. — fr. 4, D. XXIII, 2. — Const, 3, C. V, 60. — § 8, J. II, 16. fr. 6, D. XLIV, 7.

(5) Fr. 8, D. II, 12. — Per es: fr. 6, 7, D. XLI, 3. — fr. 15, pr. D. XLIV, 3, comparato col fr. 6, D. XLIV, 7. — Dipoi: fr. 5, D. XXVIII, 1. — fr. 134, D. L, 16. — Della computazion civile, v. J. C. Rücker, *Diss. de nat. et civ. computatione*. Lugd. — Bat. 1749.

(6) Fr. 14-16, D. I, 3. — fr. 141, pr. D. L, 17.

(7) O anche ad una sola condizion di persone, chiamandosi personali e non causali i privilegi accordati a' soldati, ai dottori, agli studenti ecc. Vinnio, *Comm. Inst.* lib. 1, tit. 2. § 6, n° 3. (*Trad.*)

nè da' suoi eredi nè da' suoi mallevadori (1) (2); *beneficium causae*, quando esso è relativo ad una condizion legale di cose, nel qual caso può esercitarsi non pur da colui che originalmente ne aveva il diritto, ma altresì da' suoi eredi, mallevadori e cessionarii (3). Sì l' uno che l' altro non trovano applicazione, se non quando il benefiziato gli invoca a suo pro (4).

§. 197. *Nozion di privilegio in particolare.*

Un privilegio, nel senso lato della parola, è qualunque favore dalla legge introdotto ed uscente della regola comune. Questo favore può essere accordato da una legge generale (*lex generalis*) a tutti i cittadini posti nel caso da lei preveduto, ed allora esso è sinonimo di *beneficium juris* o *jus singulare favorabile* (5); ovvero può anco derivar da una special disposizione del legislatore (*lex personalis*) in favor di una persona o cosa determinata, ed allora è un privilegio nel ristretto senso (6). Ma nel modo medesimo che in dritto romano il *beneficium juris* è sovente chiamato *privilegium* (7), così pure col nome di *beneficium* denotasi il privilegio in senso stretto (8).

§. 198. *Della division de' privilegi.*

Il privilegio nel ristretto senso è:

1. In ordine al *subbietto* a cui compete, un *privilegio personale* (*privilegium personae*) s' egli è stabilito in favor di una persona fisica o di una comunità, ovvero un *privilegio reale* (*privilegium rei s. praedii*) s' esso è costituito a favore di un fondo (9).
2. In quanto al suo obbietto, il privilegio si divide in *privilegio affermativo* (*privilegium affirmativum*) (10), quando egli assicura a qualcuno un particolar diritto di preferenza, ed in privilegio negativo (*immunitas*, *vacatio*, appo i moderni *privilegium negativum*), quando esso franca da un dovere a cui tutti gli altri cittadini sono soggetti.
3. Secondo la maniera di acquistare il privilegio, ei si divide in *privilegio gratuito* (*priv. gratuitum*), quando è l' effetto di una pura liberalità del principe; ed in *privilegio oneroso* (*priv. onerosum*), quando in ricambio di questo diritto il privilegiato è tenuto a qualche prestazione, o pur quando esso gli è accordato in mercè di servigi di già resi (11).

(1) Il caso de' mallevadori è quando abbiano dato sicurtà di persona privilegiata, come per esempio s'ella non possa essere astretta a pagare se non *in quantum facere potest*; nel qual caso il privilegio non giova al mallevadore, ed egli è tenuto a pagare il tutto. (*Il Trad.*)

(2) Fr. 68, 196, D. L, 17. Per es: fr. 24, 25, D. XLII, 1.—fr. 7, pr. D. XLIV, 1.—Const. 13, C. X, 47.

(3) Fr. 68, 196, D. L, 17.—fr. 7, § 1; fr. 19, D. XLIV, 1.—Per es: fr. 6, D. IV, 1.—fr. 18, § 5; fr. 24, pr. D. IV, 4.—fr. 14, § 2, D. IV, 2.—Const. un. C. II, 34.

(4) Fr. 69, D. L, 17: « Invito beneficium non datur. » fr. 156, ibid.

(5) In questo senso parlasi de' pegni privilegiati, de' privilegi del fisco, dei minori, de' soldati, delle donne; di quelli della dote ec. fr, 40, 42, 44, § 1, D. XXVI, 7.—fr. 74, D. XXIII, 3.—Codice, VII, 73, 74.—Const. 12, C. VIII, 18.—Nov. 97, cap. 2, 3.—Nov. 109, cap. 1.

(6) Cpr. fr. 1, § 1, 2, D. I, 4.—§ 6, J. I, 2.

(7) Fr. 196, D. L, 17, e i luoghi indicati nella penultima nota.

(8) Per es: fr. 3, D. I, 4.

(9) Fr. 1, § 41-43, D. XLIII, 20. Ordinariamente si contano tra questi ultimi i *privilegia causæ*; ma questi non sono privilegi propriamente detti, sibbene *jura singularia*.

(10) I *monopolii (monopolia)*, la mercè de' quali una persona è autorizzata a far *sola ed esclusivamente* tal cosa che altri potrebbero altresì fare, sono una specie particolare di questi.

(11) Una divisione comunemente ricevuta de' privilegi è similmente quella in

§. 199. *Della natura legale de' privilegi.*

La natura del privilegio e i suoi effetti non possono essere altramente determinati, che secondo la sua particolare estensione. Regole generali:

1. Il privilegiato può pienamente esercitare il proprio dritto in tutta la sua distesa, nè può alcuno in cotale esercizio turbarlo (1): egli ha per conseguenza un diritto di proibizione, pel quale esclude dallo esercizio di un egual diritto tutti quelli che non posseggono il medesimo privilegio (2).

2. Il privilegio conceduto ad una persona fisica non può essere esercitato altro che da lei (3); quello accordato a una communità può, secondo sua natura, esercitarsi o da' singoli membri di quella, o solamente da taluni officiali, a nome di tutta la corporazione; quello impartito ad un fondo può esser esercitato da qualunque possessore di questo (4).

3. Ogni privilegio è inseparabile dalla persona che lo esercita: ondechè il privilegiato non può alienarlo nè trasferirlo ad altrui (5), ma si può cedere a titolo gratuito parimente che oneroso l'esercizio del suo dritto ad un altro, se però la particolar natura del privilegio non vi si opponga, come in tuttiquanti i privilegi negativi, e negli affermativi quando l'esercizio n'è ristretto alla sola persona del privilegiato.

§. 200. *Della estinzion de' privilegi.*

Il privilegio si estingue:

1. *Di sua natura*, pel discorrimento del tempo per lo quale è stato concesso (6), o se nessun termine non è stato posto, quando la persona a cui appartiene vien meno. Pertanto, il privilegio conceduto ad una persona fisica, si estingue per la costei morte (7); quello accordato ad una comunità dura tanto che questa sussiste (8); quello instituito in favor di una cosa, si estingue con essa, ma nondimeno rivive per lo ristabilimento di quella (9).

2. *Quando il principe rivoca il privilegio:* ma egli non ha generalmente siffatta facoltà se non se lo abbia accordato sotto condizione di poterlo rivocare; in tutti gli altri casi nol può (10), salvo se il bene dello Stato nol richiedesse, nel qual caso il privilegiato può farsi indennizzare della perdita del suo dritto.

3. Quando dall' *abuso che il privilegiato fa del suo dritto* s'ingenerano effetti molesti per lo Stato, il qual può allora in forma di pena interdirgli il suo dritto per le vie giudiziali (11).

4. *Per la rinunzia espressa ovvero tacita* (12). Il dritto canonico riguarda *priv. gratiosa* e *conventionalia*: la quale è priva d'importanza, per aver la concessione e l'accettazion del privilegio maisempre per base una convenzione, epperò poco montare se il privilegio sia gratuito ovvero oneroso.

(1) Fr. 3, D. I, 4.—Const, 2, C. I, 14.

(2) Se un altro ha un simigliante privilegio, ha luogo la regola: « Privilegiatus adversus æque privilegiatum jure suo (sc. prohibitivo) non utitur ».

(3) Fr. 1, § 43, D. XLIII, 20.—fr. 1 § 2, D. I, 4.

(4) Fr. 1, § 43, D. XLIII, 20.

(5) Ma se trattasi di un *privilegio reale*, egli passa nel novello acquistatore con l'alienazion della cosa, siccome dipendenza.

(6) Const. 2, C. I, 23.

(7) Fr. 1, § 43, D. XLIII, 20.—Const. 13, C. X, 47.

(8) Fr. 4, § 3, D. L, 15.

(9) Arg. fr. 20. § 2, D. VIII, 2.

(10) Arg. Const. 7, C. I, 19.—Cap. 1, *de constitutionibus in VIto.*—Cap. 16, 17, *de reg. jur. in VIto.* Non accade far differenza tra priv. *gratuitum* ed *onerosum* (§ 1781.)—Gluck, *Comm.* t. 2, § 107, 108.

(11) Const. 3, C. XI, 43.

(12) Fr. 41, D. IV, 4.—Const. 29, C. II, 3.

come tacita rinunzia il tralasciato esercizio del privilegio per lungo spazio di tempo, benchè il privilegiato abbia avuto occasione di esercitarlo. Cosiffatta maniera di estinguere i privilegi dicesi oggidì perdita *per prescrizione*. I canoni richiedono in generale il decorso di trent' anni, e pe' privilegi della Chiesa, di quaranta (1).

§. 201. *Del concorso e della collisione de' dritti particolari e generali* (2).

Havvi *concorso* di più dritti per la riunion delle ragioni di differenti persone sul medesimo obbietto, senza che alcuna di esse possa esercitare un dritto esclusivo. Nel qual caso ciascuno esercita il proprio diritto in tutta la sua estensione, quando bene l' esercizio di taluno dovesse restringere l' avvantaggio che tal altro potrebbe cavar dal suo dritto.

La *collisione* per contrario incontra, quando havvi tra i dritti di più persone cosiffatta contraddizione, che non permetta se non ad una sola di esse il pieno godimento del proprio diritto. La collisione adunque dà luogo alla quistione, di qual di questi dritti debba essere agli altri preferito. Le regole seguenti serviranno a diffinirla:

1. Il dritto speciale debbe esser preferito al generale: adunque il privilegio va innanzi ad un diritto singolare (*jus singulare*), e questo si antepone ad un dritto comune (3).

2. Se i dritti tra' quali è collisione, sono ambidue comuni ovvero speciali, la preferenza è di quello che la legge favorisce di vantaggio (4).

3. Posto che la legge non abbia espressamente determinato a quale tra più diritti eguali essa accordi la preferenza, uopo è distinguere:

a) O i dritti sono *direttamente* in collisione, cioè a dire che coloro i quali gli invocano possono esercitarli uno contro dell' altro (5): nel qual caso colui che con l' esercizio del suo diritto vuol preservarsi da una perdita effettiva, è preferito a colui che vuol fare un guadagno (6); ma se tutti e due vanno incontro ad una perdita reale, la preferenza è di quello il quale ha

(1) Cap. 6, 15, X, 5, 33. In dritto romano i privilegi non si estinguono per mancanza di uso: Const. 2, C. X, 43. Rispetto agli affermativi, non troviamo altro che una sola disposizione, fr. 1, D. L, 11, portante che il privilegio *nundinarum* si estingue dopo 10 anni.

(2) Wolters. *De jure singulari, de privilegiis eorumque collisione et prælatione inter se.* Gœtt. 1789.

(3) Fr. 80, D. L, 17: « In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est. »

(4) Per es: fr. 3, § 2, D. XIV, 6.—fr. 11, § 7; fr. 12, pr. D. IV, 4.—Quando si tratta di privilegi, la legge accorda altresi una preferenza al più antico. Const. 7, C. I, 19.—Const. 12, § 1, C. VIII, 18.—Nov. 91, cap. 1. Il somigliante si osserva pel pegno e per la ipoteca, fr. 12, D. XX, 4; ma non è più il medesimo per rispetto ad altri dritti reali o a dritti singolari.

(5) Per esempio, quando un minore invoca il benefizio della restituzione contro di un altro minore; *si minor adversus minorem restitui desiderat.* (*Trad.*)

(6) Arg. fr. 14, D. XII, 6: « Natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. » Per es: fr. 11, § 6; fr. 34, pr.; fr. 27, § 1, D. IV, 4 (a).

(a) Pare che nessuno da' tre citati esempli faccia al caso. I primi due trattano del caso *si ambo capti sunt*, cioè se ei fosse da perdere per ambe le persone privilagiate, come quando un minore avesse prestato danari ad un altro minore, e questo li avesse sciupati: onde è chiaro che meglio esemplificano il caso susseguente, sotto il quale sono infatti da capo allegati, senza che si vegga come gli stessi esempli possano quadrare a due cose tanto diverse. Il terzo luogo citato tratta del danaro ad un minor prestato da un creditore qualunque; epperò non sembra per niente appartenere al trattato, che qui si fa, della collisione di ragioni uguali, essendo a tutti manifesto il favore accordato a' minori.

(*Il Trad.*)

ricevuto alcuna cosa dall' altro, senza però trovarsene più ricco (1). In tutti gli altri casi, i due dritti in collisione si distruggono e nessun d' essi può essere esercitato (2).

b) Ovvero, i dritti sono *indirettamente* in collisione, vale a dire ch' essi riferisconsi ad un terzo obbietto, sul quale due persone pretendono esercitare un dritto esclusivo. Allora chi è in possesso è preferito (3): se nessun d' essi è in possesso, bisogna vedere se l' obbietto è divisibile o indivisibile; nel primo de' quali casi, lo si sparte tra tutti quelli che vi hanno il medesimo dritto (4); nel secondo caso, al contrario, i dritti per general regola si distruggono, ma se la qualità loro o le circostanze *esigono* l' esercizio di uno de' contendenti, decide la sorte (5), in mancanza di disposizione espressa della legge (6).

CAPITOLO III.

DEL SOSTENIMENTO DE' DRITTI, E PARTICOLARMENTE DELLE AZIONI E DELLE ECCEZIONI.

§. 202. I. *Delle azioni.*
A. *Nozion dell' azione.*

L' *azione* (*actio*) (7) è un mezzo a noi fornito dalla legge, per fine di far condannare qualcuno dal giudice a fare, a non fare, o a prestar quello

(1) Fr. 11, § 6; fr. 34, pr. D. IV, 4, e fr. 126, § 2; fr. 128, pr. D, L. 17: « In pari causa possessor potius haberi debet. » (a).

(2) Per es: fr. 36, D. IV, 3.—fr. 39, D. XXIV, 3,—fr. 17, D. XVIII, 6.—. fr. 34, § 3; fr. 57, pr. § 3, D. XVIII, 1.

(3) Fr. 128, pr. D. L, 17.—Per es: fr. 6, § 7; fr. 24, D. XLII, 8. fr. 32, D. III, 3.—Const. 15, C. III, 32.

(4) Fr. 33, D. XXX; e nel concorso dei creditori, Const. 6, C. VII, 72.

(5) Per es: fr. 13, 14, D. V, 1.—fr. 5, D. X, 2.—Const. 3, pr. C. VI, 43, e § 23, J. II, 20.

(6) Per es: fr. 38, pr. § 1, D. XLII, 1.—fr. 7, § 19; fr. 8, 9, 10, D. 11, 14.—fr. 58, § 1, D. XVII, 1.—Const. 8, C. VII, 71.

(7) Dell' antico dritto romano circa le azioni, v. Caio, *Inst. Comm.* IV.—Ever. Dupont, *Disquis. in Comm. IV Inst. Gaij.* Lugd.—Bat. 1822.—E. Burnout, *De re judicata et de rei judiciariæ apud Romanos disciplina.* Parigi, 1824.—Hasselt, *De legis actionibus.* Grœn. 1825.—De Tigerstrœm, *De judicibus apud Rom* Berl. 1826.—Effter, *In libro observat. ad Gaji Inst. Comm.* IV. Berol. 1827.—Schneider, *De centumviratis judiciis apud Rom. origine.* Rost. 1835.—Collmann, *De Rom. judicio recuperatorio.* Berol. 1835.

Sul dritto nuovo delle azioni: Inst. IV, 6.—Dig. XLIV, 7.—Codice, IV, 10,—Doneau, *Comm. jur. civ.* XIX, 1, 2; XXI, 1, 2.—Il medesimo, *Comm. ad tit. Inst. de actionibus.* Antverp. 1851. Lugd. 1630.—R. Bachovius, *Tract. de actionibus etc.* Franc. ad M. 1623.—Bœhmer, *Doctrina de actionibus*, etc. Francf.

(a) La qual regola veramente pare fuori di luogo. Il privilegiato che riceva alcuna cosa da un altro privilegiato, non è preferito, se non quando egli abbia quella cotal cosa consumato, perche s'egli la possedesse ancora in tutto o parte, sarebbe preposta la ragion del proprietario, per la stessa regola testè ricordata dall'autore, di esser cosa contraria alla naturale equità che uno si migliori con l'altrui detrimento. Il che si legge espressamente negli stessi due luoghi del libro quarto del Digesto, addotti dall'autore: *Melior est causa ejus qui accepit et dilapidavit vel perdidit; melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur* litis *contestatae tempore.* Pertanto è manifesto che meglio della regola, la qual favoriva il possessore, si può qui addurre quella che favoriva il debitore, per esser sempre più miserabile la condizion di chi deve, che di chi abbia ad avere. (*Il Trad.*)

che noi siamo in dritto di esiger da lui (1). Adunque, la natura di ogni azione suppone almeno due persone, un *attore (actor)* ed un *reo (reus)* determinati. Generalmente non si può nel processo medesimo essere, se non attore o reo; nondimeno vi son casi eccettuati, ne' quali ciascun degli interessati può ad un tempo essere attore e reo. Il dritto romano chiama cosiffatte azioni *judicia duplicia* (2).

§. 203. *Delle diverse specie di azioni.*
1. *Secondo loro origine.*

Le azioni delle quali parla il romano dritto si dividono, secondo la origine loro:

1. In azioni *civili* ed *onorarie (actiones civiles et honorariae)*, secondo ch'esse traggon loro origine dalla ragion civile, o che sono state introdotte dall' Editto de' pretori o pur degli edili *(actiones praetoriae et edilitiae)* (3).

2. In *actiones vulgares s. directae*, e *non vulgares s. in factum*. Le prime son quelle che da principio furono trovate per casi esattamente determinati e riconosciuti ammessibili; le quali avevan formole invariabili e composte in diritto ovvero in fatto *(in jus vel in factum)* (4), secondo che l' azione era fondata in sul dritto civile o pretorio (5). Le seconde, cioè a dire le *actiones vulgares s. in factum*, in un senso ristretto, sono azioni senza formula fissa ovvero propria (6).

A questa categoria appartengono:

a) Le *utiles actiones*, ovvero le azioni introdotte per analogia con un' azion diretta: infatti il pretore accordava l' azione utile in tali casi pe' quali essa non era punto destinata nel principio, ma che pure aveano qualche analogia col caso risguardato dall' azion diretta (7). Le azioni *fictitiae*, le quali poggiavano sopra una finzione, erano una specie particolare delle azioni utili (8). Tutte le azioni utili e fittizie traggon loro origine dal dritto pretorio.

b) Le azioni *praescriptis verbis*, le quali erano accordate allora che veramente l' azione avea per base una obligazion civile, ma che per le speciali modificazioni del caso in quistione, nessuna delle formole invariabili della civil ragione non era a questo applicabile; nella quale occorrenza davasi una *formula in jus concepta* accompagnata da una *praescriptio*, val quanto dire che la introduzion della formula facea menzione delle modificazioni del caso particolare (9).

c) Le azioni *in factum*, nello strettissimo senso: le quali poggiavano unicamente sulla equità del pretore, e composte maisempre in considerazione delle circostanze del caso, non si fondavano sopra alcuna formola preesistente (10).

(1) Pr. J. IV, 6.—Fr. 8, § 1, D. L, 16: « Actionis verbo non continetur exceptio. »—fr. 2, pr. D. XLIV, 1.—fr. 52, D. XLI, 1.—Il fr. 1, D. XLIV, 1, non è punto contrario: « Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est. »

(2) Per es: fr. 2, § 3, D. X, 2.—§ 7, J. IV, 15.—fr. 10, D. X, 1.—fr. 13, 14, D. V, 1.—fr. 37, § 1, D. XLIV, 7.

(3) § 3, J. IV, 6.—fr. 25, § 2, D. XLIV, 7.

(4) Eranvi anco, per taluni casi, delle formule doppie: Caio, IV, § 47.

(5) Caio, IV, 45-47.—Heffter, *Liber. observ. ad Gaji comm.* IV, cap. 12, 13.

(6) Fr. 1, pr.; fr. 2; fr. 11, D. XIX, 5.

(7) Fr. 21, D. XIX, 5.—fr. 47, § 1, D. III, 5.—fr. 29, § 7; fr. 53, D. IX, 2.

(8) Caio, IV, 34-36.—Ulpiano, XVIII, 12.

(9) Caio, IV, 130-132.—Vero è che le si chiamavano egualmente azioni *in factum*; fr. 13, § 1; fr. 22, D. XIX. 5; ma i fr. 15, ibid.; fr. 7, § 2, D. II, 14, e la const. un. § 13, C. V, 13, dimostrano com'esse erano azioni civili.

(10) Fr. 1, pr.; fr. 11, D. XIX, 5.—fr. 25, § 1, D. XLIX, 7.

§. 204. 2. *Secondo lor fondamento.*

Rispetto al fondamento loro, le azioni si dividono in azioni *reali*, *personali* e *miste* (*actiones in rem*, *in personam*, *mixtae*).

1. Le azioni reali, nel senso lato, sono quelle derivanti da un dritto assoluto, e che possono pertanto essere intentate contro chiunque leda o contesti le ragioni dell'attore. In cosiffatto largo significato sono egualmente comprese le azioni pregiudiciali (*actiones praejudiciales*), cioè a dire le azioni che hanno per fine di sostenere uno stato o una ragion di famiglia (1). In un senso ristretto, per contrario, s'intendono per azioni reali quelle derivanti dalla proprietà e da' dritti reali, come pure quelle per cui mezzo si fa valere un dritto di successione, le quali in ragion romana sono altresì dette *vindicationes* (2). Cotali azioni hanno per fine di far riconoscere per autorità del giudice la ragion dell'attore e di far cessare la lesione.

2. Le azioni personali, che in dritto nuovo sono altresì dette *condictiones* (3), sono quelle fatte per dimandar la esecuzione di una obligazione, e che per conseguenza non possono esser dirette se non contra la persona (il debitore) spezialmente obligata (4). Queste azioni sono tanto diverse quanto le obligazioni delle quali sono destinate a procacciar la esecuzione; epperò, siccome queste, esse poggiano ovvero sopra un contratto o quasichè sopra un contratto (*act. ex contractu vel quasi ex contractu*), ovvero sopra un delitto o quasi (*act. ex delicto vel quasi ex delicto*), ovvero sopra una disposizion della legge (*act. s. condictiones ex lege*). Per designar le azioni nascenti a modo che da un contratto o da un delitto, dicesi ch'esse nascono da un *quasi-contratto* e da un *quasi-delitto*; le quali espressioni non hanno in sè medesime nulla di scorretto o di irregolare, sebbene alcuni autori le respingano (5).

Le seguenti specie meritano eziandio menzione:

a) Le azioni nascenti da contratti o quasi-contratti sono *directae* ovvero *contrariae*, secondo ch'esse si propongono di domandar la esecuzione di una obligazion fondata sul contratto e per esso formata, oppur la esecuzione di una obligazion riconvenzionale a cui il contratto dà soltanto luogo seguentemente e sotto diverse condizioni (6).

b) Le azioni resultanti da contratti non possono generalmente essere intentate se non contro colui che si è obligato e suoi eredi: nondimeno in taluni casi eccettuati, esse possono egualmente esser dirette contro un terzo, per particolari ragioni obligato dal fatto di uno de' contrattanti: nel qual caso si chiamano *actiones adjectitiae qualitatis* (7).

c) Alle azioni personali resultanti da' delitti appartengono altresì gli *interdetti* (*interdicta*) destinati a guarentire il possesso, perciocchè essi non possono esser diretti se non contro chi per vie di fatto disturba il nostro pos-

(1) § 13, J. IV, 6.—Dig. LX, 12.—Cod. VII, 16.—Cpr. pure: fr. 1, § 2, D. VI, 1.—fr. 5, § 18, D. XXV, 3.—Const. 9, C. VIII, 47.

(2) Caio, IV, 1, 3, 5.—§ 1, 2. 15, J. IV, 6.—fr. 25, pr. D. XLIV, 7.

(3) Caio, IV, 5, 18.—§ 15, J. IV, 6.—fr. 1, D. XIII, 2.—fr. 25, pr. D. XLIV, 7.—fr. 24, D. XII, 1.—Volckmar, *Diss. de condictionum indole et natura*. Halæ, 1777.

(4) Caio, IV, 2.—§ 1, 15, D. IV, 6.—Doneau, *Comm. jur. civ.* XXI, 1, 2.

(5) *V.* sopra ciò, Ducaurroy, *Institutzioni spiegate*, sul § 1, III, 17.

(6) Per es: fr. 17, § 1; fr. 18, § 4, D. XIII, 6.—fr. 8, § 2, D. III, 5.—fr. 1, § 8, D. XXVII, 4.—In un altro senso, il reo può altresì proporre, in materia di servitù ed altre ragioni reali, delle *actiones contrariae*, tendenti a provare il contrario della dimanda dell'attore: fr. 8, pr. D. VIII, 5.

(7) Fr. 5, § 1 in fine, D. XIV, 1.

sesso o ce ne abbia privati per violenza: nondimeno molti autori li numerano tra le azioni reali (1).

3. Le azioni miste sono ordinariamente quelle che per un rispetto sono reali, per un altro personali: tra le quali si contano:

a) Le tre azioni divisorie, *actio familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*; il cui scopo è così di dividere la cosa infino allora comune, come di domandar la esecuzione di talune prestazioni personali, alle quali l' uno de' condividenti è tenuto inverso l' altro (2).

b) Le azioni *in rem scriptae*, cioè a dire alcune azioni personali le quali, sotto diverse condizioni particolari, possono parimente esser dirette contro il terzo possessor della cosa: della qual sorta è l' azione *quod metus causa* (3). Ma in effetto, tutte le azioni chiamate miste non sono altro che personali (4).

§. 205. 3. *Secondo loro obbietto.*

In ordine al loro obbietto, le azioni si dividono:

1. In azioni *rei persequendae causa comparatae* (chiamate *act. rei persecutoriae*), in azioni penali, e in miste (5).

Tra le azioni *rei persequendae causa comparatae*, uopo è noverare tutte le azioni reali e personali tendenti a ricuperare una cosa o a dimandar de' danni ed interessi (6).

Le azioni penali resultanti da un delitto miravano a punire un fatto nocente, mediante una penalità, la quale appo i Romani consisteva precipuamente nel dritto che avea l' attore di esigere due, tre, o quattro cotanti del danno cagionato dal reo (7).

Le azioni miste, in questo senso, sono quelle derivanti da un delitto, le quali si propongono tanto di ricercar la cosa o domandar de' danni ed interessi, quanto di procacciar la pena (8).

2. In *actiones speciales* e *generales*, secondo ch' esse sono destinate a perseguire una o più cose individuali ovvero una universalità di dritto. Cotali azioni pigliano eziandio il nome di *actiones de universitate*, cioè a dire *de hereditate*, *peculio*, *dote* (9).

§. 206. 4. *Secondo il modo del procedere.*

Le azioni, per rispetto alle diverse maniere in cui potevano intentarsi in giustizia, si divedevano per romano diritto:

1. In azioni *stricti juris* (*judicia*, nello stretto senso) e in azioni *bonae fidei* (*arbitria*) (10). Questa divisione non si riferiva che alle azioni personali (11), principalmente alla distinzion che si fa tra i contratti *stricti juris* e quelli *bonae fidei*. Quello che le azioni *stricti juris* aveano di particolare, è che sempre l' oggetto di loro instanza era *certo*, e che le obligazioni on-

(1) Fr. 1, § 3, D. XLIII, 1: « Interdicta licet omnia in rem videantur concepta, *vi tamen ipsa personalia sunt.* »

(2) § 20, J. IV, 6.

(3) Fr. 9, § 6, 8: fr. 14, § 3, 5, D. IV, 2.

(4) Vinnius *ad Inst.* IV, 6, 1.

(5) Caio, IV, 6-9.—§ 16, J. IV, 6.

(6) § 17, J. IV, 6.

(7) § 18, 21-25, J. IV, 6.

(8) § 19, ibid.

(9) Fr. 1, pr. § 1, 3; fr. 73, D. VI, 1.—Noi troviamo nel fr. 38, pr. D. XVII, 2, l'espressione *judicia generalia* in un altro sentimento.

(10) Caio, IV, 61-68.—§ 28-30, J. IV, 6.—Stever: *Comm. de summario Romanorum judicio s. de stricti juris et bonæ fidei actionibus*. Lips. 1822.—Heffter, *Liber observ. ad Gaji instit. comm. IV*, p. 76.

(11) Giustiniano solamente ha dichiarato che la petizion di eredità (*hereditatis petitio*) era una azione *bonæ fidei*. Const. 12, § 3, C. III, 31.—§ 28, J. IV, 6.

de nascevano erano unilaterali: il perchè, non vi era giammai luogo ad un *contrarium judicium* (1). La formula del giudizio (*formula judicii*) doveva essere strettamente redatta secondo i termini del contratto; ed a quella dovevasi il giudice strettamente attenere, nè mai farsi lecito di avere per modo alcuno rispetto alla equità: ondechè non poteva egli conoscer della dimanda, nè pigliare in considerazione le eccezioni del reo, se non quando i fatti su' quali si appoggiavano, distruggevano l'azione *ipso jure*, cioè a dire di ragion civile (2); salvo però che il pretore non avesse intromesso nella *formula judicii* una eccezione, la qual poteva togliere ogni effetto all'azione fondata in dritto civile (§ 214). Per contrario, con le azioni *bonae fidei* procedevasi maisempre per una cosa *indeterminata*. Il pretore in cosiffatti casi aggiungeva sempre alla formola del giudizio la seguente clausola: *et quanto aequius melius* ovvero *ut inter bonos agier oportet* (3). Le quali parole davano al giudice (detto qui *arbiter*) il potere non solo di giudicar conforme a' principj dello stretto diritto, ma di altresì aver risguardo a quanto faceano sottintendere i principj naturali del dritto e la buona fede. Adunque doveva egli conoscer della dimanda, e condannare il debitore quando per sua colpa il contratto non aveva avuto esecuzione, come d'altra parte rigettare il richiamo del creditore per motivi di equità, a modo di esempio per cagion di dolo o violenza (4), contuttochè la formola non ne avesse espressamente parlato (5): il convenuto poteva similmente opporre, *ex eadem causa*, le pretensioni sue proprie (6) (7).

2. Allato alle azioni di stretta ragione e di buona fede il roman dritto ricorda le azioni *arbitrariae*. Perciocchè in talune azioni, così reali come personali, il pretore usando dello *arbitrium judicis* ordinava che il reo, massime quando pareva evidente ch'egli avesse a succombere, eseguisse di presente e senza inchiesta precedente, un fatto soddisfacente all'azion dell'istante: al quale arbitrio ricusando di sottomettersi il reo, procedevasi nelle forme ordinarie, ma in caso di condanna egli in pena della sua contumacia soggiaceva a diverse gravissime conseguenze. In fatti poteva il giudice aggiudicare *ex aequo et bono* tuttaquanta la dimanda, ed anco in certi casi condannare il reo a pagare quattro cotanti (8).

(1) Cicerone, *Pro Roscio com*. c. 4. — Caio, III, 137. — § 3, J. III, 22 (23).

(2) Per opposto alla ragion pretoria, e più particolarmente a quelle eccezioni le quali *ex ipsius Praetoris jurisdictione substantiam capiunt*; le quali non erano di quella stessa efficacia che quelle aventi il vigor loro dalle leggi, epperò dette civili. *Inst*. IV, 13, § 7. (*Il Trad.*)

(3) Cic. *Top*. 17; *De Off*. III, 15, 17.

(4) Ci si condonerà qualche libertà da noi usata nella traduzion del presente luogo, da chiunque consideri come poco concludente esso sia in tutte le altre traduzioni, non esclusa la francese. Oltre della ragione intrinseca delle cose qui dette, abbiamo per noi tutti e tre i testi allegati in sostegno dell'autore, i quali parlano appunto del favore da accordarsi dal Pretore al convenuto, quando alla equità sua sembri che gli sia stata fatta alcuna fraude o forza, e non punto del costui rigettamento; e possiamo anche addurre l'ultimo inciso dello stesso periodo, dove soggiungendosi che il reo poteva *similmente* per sua difesa opporre la compensazione, è chiaro che delle sue difese si è voluto ragionare anche innanzi. (*Il Trad.*)

(5) Applicavasi il principio: *dolum abesse oportere*, ovvero *exceptio* doli iis inesse, fr. 6, § 9, D. XIX, 1. — fr. 84, § 5, D. XXX. — fr. 21, D. XXIV, 3.

(6) Caio, IV, 61. — § 30, J. IV, 6.

(7) Cioè quello ch'egli stesso pretendeva dover avere dal suo avversario; il che trovandosi esser vero, il giudice non potea condannarlo se non in quanto, fatta compensazione del debito col credito, rimanesse per avventura debitore. (*Il Trad.*)

(8) Caio, IV, 163-165. — § 31, J, IV, 6, e Teofilo sopra questo luogo. — fr. 14, § 3 in fine; § 4, D. IV, 2. — fr. 2, pr.; fr. 3, D. XIII, 4. — fr. 68 in fine, D. VI, 1.

§. 207. C. *Del concorso di più azioni* (1).

Vi ha generalmente concorso di più azioni, quando esse si riscontrano nella stessa persona.

1. Il concorso è *obbiettivo*, quando una persona ha più azioni contro il medesimo reo; e se ne contano quattro specie:

a) Egli è *cumulativo*, quando queste diverse azioni hanno direzioni ed obbietti differenti; intantochè nessuna di esse esclude l'altra e ciascuna produce gli effetti a lei proprii (2). Cosiffatto concorso è pur quando *lo stesso* fatto illecito ingenera le diverse azioni (3), ovvero quando esse, nate da *diversi* fatti leciti o illeciti, (4) hanno altresì differente lo scopo.

b) Esso è *elettivo*, quando le diverse azioni hanno veramente fondamenti disformi, ma pur tutte si propongono lo stesso scopo principale. L'attore ha qui il dritto di scegliere tra le sue azioni quella che gli piace di usare: se con una non consegue il suo fine, gli è ancora permesso di provare con le altre (5); nel caso contrario, le altre sue azioni rimangon distrutte, sempre che però taluna di esse non gli dia vantaggi maggiori de' già conseguiti (6).

c) È *alternativo*, allora che le diverse azioni, avendo un fondamento comune, hanno oggetti differenti per iscopo, ma la scelta dell'attore è limitata all'una o all'altra di quelle. La elezione da lui fatta distrugge tutte le altre azioni, vinca egli o soggiaccia (7).

d) È *successivo*, allorquando una delle azioni non può essere intentata se non dopo di un'altra. Tal è il caso di un'azione pregiudiciale ovvero preparatoria per rispetto ad un'altra (8), oppur di un'azione la cui natura non permette d'intentarla più di una sola volta, ma dopo di essa altre sono ancora ammessibili (9).

2. Il concorso è *subbiettivo*, quando un'azione compete a più attori avverso un sol reo, ovvero a un attore contro più rei, o pure a più attori contro più rei. Osservasi in tali casi per principio, che le diverse azioni possono tutte essere intentate sì nel medesimo tempo, e sì successivamente (10), eccetto quando tra più attori o rei l'uno non è creditore ovvero obligato se non tantochè l'altro non ha ricevuto ovver consegnato l'obbietto del debito (11).

(1) Cuiacio, *Obs.* VIII, 24. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XXI, 3. — A. Vianen, *De concursu actionum.* Traj. ad R. 1736, ed in OElrichs, *Thes.* 1, 1. — Gluck, *Comm.* 4. parte, § 284. — De Savigny, *Diss. de concursu delictorum formali.* Marb. 1810, § 4-9. — Baklesse, *De concursu actionum civilium.* Leodii, 1830.

(2) Fr. 45, D. XVII, 2. — fr. 27, pr, D. IX. 2. — fr. 11, § 2, D. XI, 3. — fr. 54, § 3, D. XLVII, 2. — fr. 7, § 1, D. XIII, 1. — fr. 60, D. XLIV, 7. — fr. 130, D, L. 17.

(3) Per es: § 19, J. IV, 1. — fr. 5, § 8, D. XIII, 6. — fr. 29, pr. D. XVI, 3, comparato col fr, 54, § 1, D. XLVII, 2.

(4) Fr. 18, D. XLIV, 7. — fr. 2, § 1, 4, D. XLVII, 1.

(5) Fr. 76, § 8, D. XXXI. — Const. 1, C. VI, 43. — fr. 18, § 3, D. XIII, 5. — fr. 93, § 1, D. XXXII. — fr. 12, § 1, D. XLI, 2. — Const. 14, C. III, 28.

(6) Fr. 28, D. XIX, 1. — fr. 34, pr. in fine, D. XLIV, 7. — fr. 47, D. XVII, 2.

(7) Fr. 19, D. XXXI. — fr. 112, pr. D. XLV, 1. — fr. 4, § 2; fr. 7, D. XVII, 3. — fr. 9, § 1, D. XIV, 4. — fr. 4, § 3, D. IX, 4. — Const. 4, C. IV, 54.

(8) Fr. 23, § 5, D. VI, I. — fr. 3, § 6, D. X, 4. — fr. 1, § 1, D. eod. — Const. 20, C. III, 36. — Const. 13, C. III, 32.

(9) Fr. 20, § 4; fr. 44, pr. D. X, 2. — fr. 4, § 2, D. X, 3.

(10) § 2, J. IV, 4. — fr. 44, D. XV, 1. — fr. 1, § 17, D. XIV, 1. — fr. 1, § 10; fr. 2; fr. 3, D. IX, 3. — Const. 5, C. V. 51,

(11) § 1, J. III, 16 (17). — fr. 32, pr. D. XV, 1. — fr. 6, § 4, D. IV, 9. — fr. 11, § 8-10; fr. 28, D. XLIV, 2. — Const. 28, C. VIII, 41.

§. 208. D. *Della trasmission delle azioni.*

Le azioni si trasmettono ad altre persone:

1. Per successione universale *(successio per universitatem)* ed *ipso jure*, tanto attivamente agli eredi dell' attore, quanto passivamente a quelli del reo. Siffatta regola però soggiace alle seguenti eccezioni:

a) Le azioni penali resultanti da un maleficio, salvo l' azione d' ingiurie (1), passano veramente negli eredi del leso (2), ma non possono esser dirette contro gli eredi del malfattore (3), se non quando il malefizio del loro autore gli avesse fatti più ricchi (4).

b) Le azioni fondate sul risentimento e lo spirito di vendetta *(actiones quae vindictam spirant)*, cioè a dir quelle che l' uomo, senza aver sofferta alcuna perdita reale, può nondimeno intentar per la offesa fatta al suo personale carattere (5), non si trasmettono agli eredi dello attore, ma possono da questo essere adoperate contro gli eredi del reo (6), se non discendano da delitto (7) (8). Però, l' azion penale, parimente che l' azione *quae vindictam spirat*, intentate che sieno e pendenti, passano agli eredi dell'attore e contro quelli del reo (9).

2. Può similmente colui al quale competono, trasmettere altrui, durante sua vita, per successione a titolo particolare, delle azioni spartate; ma cotal trasmissione deve esser fatta per via di cessione ovvero delegazione.

§. 209. E. *Della durata delle azioni.*
1. *Regola generale.*

Ogni azione si estingue una col dritto da lei sostenuto. Ma tanto che il dritto sussiste, chi lo ha può, secondo i principj generali, in ogni tempo intentare la sua azione.

Giusta l' antico diritto romano, le azioni erano per general regola perpetue *(perpetuae)*, e solo in taluni casi, spezialmente rispetto alle azioni pretorie, la legge determinava un tempo entro il quale dovevano essere intentate, sotto pena di decadimento; ed allora, per opposto alle prime, si

(1) L'azion competente per ingiurie ricevute, non passa agli eredi dello ingiuriato, nè contro quelli dell'ingiuriatore: fr. 13, pr. *de injur.* Il non esser data contro gli eredi, è ad essa comune con tutte le altre penali: il non esser data agli eredi è proprio di lei, e la ragione è che in essa non si agita principalmente del risarcimento del danno, sibbene di vendicare la contumelia, fr. 7, § 1, *eod.*; la qual vendetta, se l'ingiuriato sia morto senza instituirne giudizio, s'intende aver egli tacitamente rimessa. Sicchè la ragione del non passare è la medesima che per tutte le altre azioni spiranti vendetta, delle quali è subito appresso ragionato nel testo. (*Il Trad.*)

(2) Caio, IV, 112.—§ 1, J. IV, 12, e Teofilo, *ivi*.

(3) Fr. 1, pr. D. XLVII, 1.—fr. 111, § 1, D. L, 17.—fr. 22, D. XXXIX, 1.

(4) Fr. 38, 127, D. L, 17.—Const. un. C. IV, 17.

(5) Per esempio, l'azion di testamento inofficioso, e quella per rivocazion di una donazione per causa d'ingratitudine.

(6) Fr. 6, § 2; fr. 7, D. V, 2. — Const. 5, 34, C. III, 28.—Const. 7, 10, C. VIII, 56.

(7) Il che in sostanza si riduce al caso di perdita effettiva, come vedesi anche pe' due esempli allegati poco innanzi dall'autore; perciocchè nella querela di testamento inofficioso il desiderio di vendicar la ingiuria fatta al diredato o preterito è niente a petto di quello di aver la roba; ed egualmente nella rivocazion del dono, sebbene il movente sia la ingratitudine, il proprio fine dell'attore è di ripigliarsi il suo. (*Il Trad.*)

(8) § 1, J. IV, 12. — fr. 13, pr. D. XLVII, 10.

(9) Fr. 26, 33, 58, D. XLIV, 7.—fr. 139, pr.; fr. 164, D. L, 17.

chiamavano temporanee (*actiones temporales*) (1). Il nuovo dritto, per contrario, accorda generalmente a ciascuna azione già stata perpetua, uno spazio di trenta anni (2); trascorso il quale, è chiaro ch'ella può esser rintuzzata e spenta con la prescrizione (*temporis exceptio s. praescriptio*). I moderni chiamano cotal maniera di estinguere le azioni, la *prescrizion delle azioni*, ch'è una specie della loro *prescrizione estintiva*.

§. 210. 2. *Delle eccezioni a questa regola.*

Ma la regola del nuovo diritto, mercè della quale le azioni si estinguono pel decorso di trent'anni, contabili dal momento ch'esse son cominciate a competere (3), è soggetta alle seguenti eccezioni:

1. Sonovi azioni le quali, durante un certo spazio di tempo, non sono sottoposte ad alcuna prescrizione. Tali sono, quanto dura il matrimonio (4), le azioni della donna pe' beni dotali alienati dal marito; tali le azioni de' figli di famiglia pe' loro beni avventizi (5) alienati invalidamente dal padre, le quali non si prescrivono in tutto il durar della potestà paterna (6); e tali eziandio le azioni de' pupilli, durante la impubertà e la tutela (7).

2. Altre azioni non si spengono prima d' 40 anni, computabili dal primo momento dell'esser loro. Tali sono le azioni aventi ad obbietto i beni dello Stato e quelli patrimoniali del principe, come pur le azioni competenti alle chiese, alle instituzioni di beneficenza ed alle città (8); tal è l'azione ipotecaria, tantochè la si può intentar contro il debitore medesimo e contro i suoi eredi (9); così pure una azione intentata e poi abbandonata dopo la *litis contestatio*, non si estingue prima di quarant'anni contati dal momento dell'ultimo atto di procedura, contuttochè per lo innanzi avesse ella potuto esser prescritta pel decorso di tempo minore (*praescriptio litis pendentis*) (10).

3. Finalmente, le antiche azioni temporali che per tutto innanzi si prescrivevano col decorso di un tempo determinato e minor de' trent'anni, seguitano ad estinguersi nello spazio medesimo di prima (11). Tali sono tutte le azioni pretorie nascenti da delitti; per conseguenza altresì gli interdetti fatti per protezion del possesso turbato con soperchierie; e quindi poi le azioni

(1) Caio, IV, 110. — Pr. J. IV, 12.

(2) Const. 3-8, C. VII, 39. — Codice, VII, 40.

(3) Const. 3, C. VII, 39: *ex quo jure competere cœperunt.* » — Const, 7, § 4, C. ibid.

(4) Const. 30 in fine, C. V, 12.

(5) Chiamavasi peculio *avventizio* tutto ciò che il figlio di famiglia possedea non derivante dalle cose di suo padre, per esempio quel ch'egli avesse avuto per eredità, legato, donazione; per opposizione all'avere o peculio *profettizio*, che era quello derivato dal padre.

(*Il Trad.*)

(6) Const. 4, C. VI, 61, — Const. 1, § 2, C. VII, 40. — Nov. 22, cap. 24.

(7) Const. 3, C. VII, 39: « *Sed pupillare ætate* duntaxat huic eximenda sanctioni. » Pertanto, dal momento della pubertà la prescrizion di 30 anni corre contro ogni minore; la prescrizion delle sole azioni *temporali* di uno impubere o minore principia a correre dal momento della sua maggiore età. Const. 5, C. II, 41.

(8) Const. 4, 6, C. VII, 39. — Const. 14, C. XI, 61. — Giusta le disposizioni anteriori di Giustiniano, le azioni delle chiese e degli stabilimenti di beneficenza non si spegnevano per men di 100 anni (Const. 23, C. I, 2; Nov. 9); ma in processo egli restrinse questo tempo a 40 anni: Nov. 111; 131, cap. 6. — Per ragion canonica, ad estinguer le azioni della Chiesa romana si richieggono 100 anni. Cap. 16, 17, C. 16, qu. 13. — Cap. 13, 14, 17, X, 2, 26. — Cap. 2, *de præscr. in VIto.*

(9) Const. 7, § 1, C. VII, 39.

(10) Const. 9, C. VII, 39. — Const. 1, § 1, C. VII, 40.

(11) Const. 3, C. VII, 39: « Hæ autem actiones annis triginta continuis extinguantur, *non illæ quæ antiquis temporibus limitabantur.* »

per restituzione, le azioni edilizie, e l'azion di testamento inofficioso (1).

§. 121. 3. *Principj particolari alla prescrizion delle azioni.*

Ci resta ancora da stabilire alcuni principj particolari alla prescrizion delle azioni:

1. L' unico fondamento della prescrizion delle azioni essendo nella negligenza e nel silenzio giudiziario di colui al quale esse competono, questa è la ragione per cui in dritto romano non si esamina mai la buona fede del reo prescrittore (2).

2. La prescrizion di una azione non comincia a correre se non dal momento ch' essa è fondata in ragione (3), e che l' attore è in istato d' intentarla; onde poi la regola tanto conosciuta: *Contra non valentem agere non currit praescriptio.*

3. Nelle azioni prescrivibili con 30 o 40 anni, il decorso della prescrizione è sempre un tempo continuo *(tempus continuum)*, ed in alcune delle temporali è un tempo utile *(tempus utile)* (§ 195): ma generalmente la prescrizion delle azioni non è perfetta, se non quando l' ultimo giorno *(dies novissimus)* sia scorso del tutto (4) (5).

4. La prescrizion dell' azione è interrotta o per la introduzion dell' azione medesima e per la *litis contestatio* che n' è conseguita (6), o per una protesta fatta nella debita forma (7), e per la espressa o tacita ricognizion di debito per parte del debitore (8).

5. La prescrizion dell' azione ha per unico effetto di dar luogo ad una eccezione avverso la dimanda *(exceptio, praescriptio)*. Onde conseguita che l' estinguimento dell' azione non fa per se solo perdere all' attore tutto il suo dritto, ma la verità è che s' egli può tuttavia farlo valere per un altro modo, per esempio mediante una eccezione, egli nol può mai però per mezzo di un' azione: dal che la regola, *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* (9).

(1) Pr. J. IV, 12.—fr. 28, D. XXI, 1.—fr. 8, § 17; fr. 9, D. V, 2.

(2) Const. 8, § 1, C. VII, 39: Si vero mala fide, etc. »

(3) Const. 3, ibid. « ex quo jure competere cœperunt. »—Const. 7, § 4, ibid. Const. 1, § 1, C. VII. 40.—fr. 9, § 3, D. XIII, 7.

(4) Fr. 6, D. XLIV, 7: « In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. »

(5) Il testo allegato dall' autore parla delle sole azioni temporali, ma pel nuovo diritto temporali eran tutte, essendosi ordinato che tutte quelle per addietro perpetue si estinguessero pel decorso di anni trenta, come si è veduto in fine del § 209. E la ragione perchè nelle prescrizioni delle azioni non basta che l'ultimo dì sia cominciato, ma si richiede che sia scorso tutto, è perchè esse sono *odiosæ* (Const. ult. C. *de annali*); al contrario delle usucapioni, alle quali bastava che l'ultimo giorno fosse principiato, perchè *favorabiles*. Gotofr. ad fr. 6, D. XLIV, 7. (*Il Trad.*)

(6) Const. 9, C. VII, 39.—Const. 2, C. III, 19.—Const. 10, C. VII, 32.—Const. 1, 2, 10, C. VII, 33.

(7) Const. 2, 3, C. VII, 40.

(8) Per es: Const. 7, § 5; Const. 8, § 4, C. VII, 39.—fr. 18, § 1, D. XIII, 5.—Const. 5, C. VIII, 40.—Const. 19, C. IV, 21.

(9) Fr. 5, § 6, D. XLIV, 4.—Const. 5, 6, C. VIII, 36.—Const. 2, C. VIII, 31.—fr. 2, D. XLIV, 3, combinato col fr. 59, D. XXI, 1.—Questo punto è molto contestato tra gli autori; alcuni opinando che la prescrizione estingua la *sola* azione e non punto il dritto medesimo (Doneau, *Comm*, XXII, 2, Weber, Thibaut, Debelow, Gluck ec.); altri insegnando che il dritto si perda una coll' azione (Korl, Sommer, Linde, Wening-Ingenheim, Loehr).—Thibaut tiene altresì per tale opinione rispetto alla *præscr. longissimi temporis.*—Guyet, Trancke, Unterholzner, Rosshirt, hanno ancora difeso la prima sentenza; Heimbach e Buchel la seconda.

6. Non vi è luogo alcuno a restituzione contro la prescrizion delle azioni con 30 o 40 anni (1).

§. 212. II. *Della contestazion della lite* (2).

Nell'antica procedura rmmana, la *litis contestatio* consisteva in un atto procedente da ciascheduna delle parti. In fatti, quando l'attore aveva prodotta l'azione ch'egli volıva intentare, ed il Pretore l'aveva accordata, prefiggevasi un termine pr piatire. Durante qûesto tempo, l'attore esponeva la sua azione, il re vi rispondeva, o che confessando (*confessus in jure*) i fatti sopra i quali l'azion si fondava, o che negandoli, oppure opponendo delle eccezioni pr suo schermo (§ 213). La esposizion dell'attore e la risposta del reo frmavano un complesso di fatti chiamato *litis contestatio* (3), la qual facen il processo pendente (*lis pendens*) ed aveva importantissime conseguenze In fatti, per dritto nuovo (4):

a) La contestazion dell lite interrompe ogni prescrizione, così quella dell'azione, come l'usucapine per parte del reo (5).

b) La cosa formante l'ıbbietto del processo diventa *res litigiosa:* ondechè nè l'attore può più cedee l'azione intentata, nè il reo alienare o mutar la cosa contestata (6).

c) Sì tosto che vi sia contestazione, il processo debbe esser proseguito innanzi a quel medesimo giudice il quale ne ha primieramente conosciuto, quando bene il reo non osse più soggetto alla sua giurisdizione (7).

d) Il reo acquista il dritto d'intentare dinanzi al giudice che conosce dell'azione, un'azion contaria avverso l'attore, anche quando il giudice fosse incompetente, rispetto all'attore (8).

e) Dal momento della contestazion della lite, il possessore, contuttochè fin allora di buona fede, considerato come possessor di mala fede, in quanto a tutte le cose accesorie ch'egli è tenuto di restituire insieme con la principale (9).

f) Tali azioni che nonpasserebbero nè agli eredi, nè contro di essi (§ 208), acquistano siffatta qualit per effetto della contestazion della lite (10).

(1) Const. 3, 4, C. VII, 3.

(2) Cod. III, 9. — Doneau, *omm.* XXIV, 1. — Winckler, *Discrimen nter litis contestationem jure veteri et hdierno*. Lips. 1751. — Vossler (pr. Mallmnc), *Diss. de litis contestatione Romaor.* Tubing. 1808. — Gluck, *Comm*, t. VI, § 499. — Danz, *Diss. de litis cont., quæ fuit tempore legis actionum.* Jenæ 1831.

(3) Questo nome discene dall'uso negli antichi tempi tenuto d'Romani, pel quale l'attore, principiano il processo, chiamava alcune delle pesone presenti per testimoni, il che si dieva *antestari* ovvero *contestari*: Festo, *De v. sig. v.° contestari*. Per ciò pure dicsi dell'attore *actor litem contestatur*: fr. 28, D. XLVI, 2. — fr. 3, § 10, D. XLV, 7. — fr. 11, pr. D. XIII, 7. — fr. 35, § 1 D. XII, 2, e la Const. 1, C. III, 9. — No. 96, cap. 1. Del reo si diceva: *judicium accipit*; fr. 28, § 2, D. V, 1. — fr. 16, I III, 3.

(4) Perciocchè il dritto novo già non ricorda più la *novatio necessaria*, la quale nel vecchio dritto era, in un *judicium legitimum*, la conseguenza della contestazion della lite.

(5) Const. 9, C. VII, 39. — Const. 10, C. VII, 32. — Cons. 2, 10, C. VII, 33. — Const. 2, C. III, 19. — Const. 3, C. VII, 40. — Unterholzner e Buchholtz son di altro avviso in quanto alla usucapione; ma *v.* la Const. 2, C. III, 19: « *tanquam lite contestata.* »

(6) Dig. XLIV, 6. — Cod. VIII, 36. — fr. 13, D. X, 2. — fr. 12, D. VI, 1. — Nov. 112, cap. 1. — Clem. 2, *ut lite pendente* (II, 5).

(7) Fr. 19, pr. D. II, 1. — fr. 7, 30, 34, D. V, 1. — Cap. 19, X, 2, 2. — Cap. 20, X, 1. 39.

(8) Nov. 96, cap. 2, § 1. — Cap. 3, *de rescriptis, in VIto.*

(9) Fr. 20, § 11; fr. 25, § 7; fr. 40, pr. D. V, 3. — fr. 20, 45, D. VI, 1. — fr. 2, 34, 35, D. XXII, 1. — Const. 1, § 1, C. III, 31. — Const. 22, C. III, 32.

(10) § 1, J. IV, 12. — fr. 26, 58, D. XLIV,

g) Finalmente, essa dà luogo ad una prorogazion di giurisdizione (*prorogatio jurisdictionis*) quando il reo, attaccato innanzi a un giudice incompetente, non oppone la eccezion d'incompetenza (*judicis incompetentis*) (1).

§. 213. III. *Delle eccezioni* (2).
A. *Nozioni generali.*

Il reo aveva in dritto romano diversi modi di rispondere all'azione contro di lui intentata.

1. Poteva egli, mediante la contestazion negativa della lite, negar semplicemente i fatti su' quali poggiava l'azione.

2. Poteva il reo produrre di nuovi fatti, mercè de' quali il diritto dell'attore, sebben fondato nel principio, restava distrutto *ipso jure*, cioè a dire in ragion civile: il qual mezzo avea per effetto di far nulla ogni azione, per esempio se il debito era stato di già pagato o pur rimesso per via di accettilazione (3); ed il giudice doveva attendervi di ufficio (*ex officio*), quando pure non se ne fosse fatto parola nella formola del giudicio (*formula judicii*).

3. Infine il reo poteva invocar tali fatti, i quai senza distrugger l'azione *ipso jure*, gli dessero nondimeno dritto alla protezion del Pretore, *quia iniquum foret eum condemnari*; a cagion di esempio, s'egli provava di aver solamente contrattato perchè soprappreso con frand o soperchiato con paura, oppur di essergli stato il debito rimesso con un patto *de non petendo* (4). Cotali mezzi di protezione, dati dal pretore per equità contro di un'azione fondata in ragion civile, e da lui inseriti nella fomola del giudizio perchè il giudice vi attendesse, si nominavano *exceptiones seu praescriptiones*. L'azione non era distrutta *ipso jure*, ma i suoi effetti potevano esser fatti nulli con la eccezione (5).

In dritto moderno la idea di eccezione è molto più estesa che nel romano; intendendosi oggidì per *eccezioni* tutte quelle obbiezioni del reo, le quali non rientrano nella categoria della contestazion della lite puramente negativa; epperò compresovi il caso in cui il reo avvochi novelli fatti per ischermirsi dalla domanda, senza distinguere se il dritto romano l'azione sarebbe stata annientata di pieno dritto (*ipso jure*) oppur fatta inefficace per mezzo di una eccezione (*per exceptionem*) (6).

§. 214. B. *Delle diverse specie di eccezioni.*

Le vere eccezioni si fondavano in romano dritto

1. Rispetto alla loro origine, sull'editto del pretore. Più tardi le leggi

7. — fr. 87, 139, 164, D. L, 17. — Const. 5, C. III, 28. — Codice, I, 20.

(1) Fr. 51, 52, pr. D. V, 1. — Const. 13, C. VIII, 36. — Cap. 19, X, 1, 29.

(2) Caio, IV, 116 e seg. — Inst. IV, 13. Dig. XLIV, 1. — Codice, VIII, 36. — Doneau, *Comm.* XVI, 2; XXII; XXIV, 1.

(3) Caio, III, 168-181. — *Acceptilatio* chiamavasi quel civile ed immaginario pagamento, il qual si facea mediante una formalità di parole contrarie a quelle con le quali alcuno si era obligato. Vale a dire, il debitore obligato mediante stipulazione interrogava il creditore se volesse fargli quitanza del debito, e questi rispondeva del sì, *acceptum ferebat*. (*Il Trad.*)

(4) Ch'era quando si patteggiava che non fosse dimandato quel che il debitore doveva: ed era questo un *pactum in rem* ovvero *in personam*, secondochè convenuto indeterminatamente, epperò giovante eziandio agli eredi ed altre persone, oppure a pro della sola persona del debitore: Pothier, *Pand.* lib. 50, tit. 16, § 158. (*Il Trad.*)

(5) Caio, V, 116, 117. — Pr. § 1-5, J. J. IV, 13.

(6) Ecco perchè noi abbiamo oggi la eccezion di pagamento (*exceptio solu-

ed i senatoconsulti ne introdussero similmente, e da ciò viene la lor divisione in *civili* e *pretorie* ovvero *onorarie* (1).

2. Rispetto all' effetto da lor prodotto, esse dividonsi in *eccezioni perentorie* ovvero *perpetue (peremptoriae s. perpetuae)*, le quali distruggono l'azione per sempre, in tutto o parte; ed in eccezioni dilatorie o temporanee, le quali aveano per effetto di far vana l'azione per un certo tempo (2).

3. Da ultimo, per rispetto alla persona che le esercita, le eccezioni sono *personali* ovvero *inerenti alla persona* (*exc. in personam conceptae s. personae inhaerentes*), e *reali* ossia *inerenti alla cosa* (*in rem conceptae s. rei cohaerentes*). Le prime sono affatto personali, e non possono essere opposte da altra persona che da quelle a cui le leggi il concedono; le seconde per contrario si rapportano al fatto o alla cosa costituente l'obbietto del litigio, e possono opporsi da chiunque vi abbia interesse, per esempio dagli eredi e da' mallevadori del vero debitore (3).

§. 215. C. *Della durata delle eccezioni.*

Per regola generale l'eccezioni sono imprescrittibili, perchè il reo non può usarle, se non quando l'attore lo attacchi (4). Questo principio si applica non solo a quelle eccezioni le quali non si possono mai far valere per altro che per eccezioni, per la natura medesima del dritto su cui sono poggiate (5); ma parimenti a quei casi ne' quali il dritto, su cui esse si fondano, avrebbe potuto esser proseguito con un' azione spentasi poi per prescrizione (6). Havvi nondimeno alcune eccezioni, le quali si estinguono dopo un certo trascorrimento di tempo, quando anche l'azione alla quale avrebber potuto essere opposte, non è stata nel volger di quel tempo intentata; esempligrazia, l'eccezione *non numeratae pecuniae*, quella *dotis cautae sed non numeratae*, e quella *non solutae pecuniae.*

§. 216. IV. *Della replica.*

Come il reo può all' azione opporre una eccezione, così pure l'attore può con l'allegazion di nuovi fatti e circostanze e di punti particolari di dritto, respingere e distrugger l'effetto della eccezion del reo, e per tal modo mantenere la propria dimanda. Cotal novella allegazion dell' attore è chiamata *replicazione* (*replicatio*) (7).

§. 217. V. *Della duplicazione.*

La risposta dal reo fatta alla replica si chiama *duplicazione* (*duplicatio*) (8), alla qual replicando per avventura l'attore, si ha la *triplicazione* (*triplicatio*) (9), e così oltre. Non si può generalmente determinare il numero di cosiffatte risposte. In prima istanza, chiudesi per ordinario il dibattimento dopo della duplicazione, e in tutti i casi il reo deve esser l'ultimo a parlare.

tionis), la quale in dritto romano non era punto una eccezione. Caio, III, 168.

(1) Caio, IV, 118. — § 7, J. IV, 13.

(2) Cicerone, *De invent.* 2, 20. — Caio, IV, 120-125. — § 8-10, J. IV, 13. — fr. 3, pr. D. XLIV, 1.

(3) Fr. 7, D. ibid. — § 4, J. IV, 14. — fr. 24, 25, D. XLII, 1.

(4) Fr. 5, § 6, D. XLIV, 4. — Const, 5, 6, C. VIII, 36.

(5) Per es: l'eccezione di pagamento e quella del patto di non chiedere *(de non petendo)*.

(6) Per es: l'eccezion redibitoria *(exceptio redhibitoria)*. Fr. 2, D. XLIV, 3, combinato col fr. 59, pr. D. XXI, 1.

(7) Fr. 2, § 1; fr. 22, § 1, D. XLIV, 1. — Soprattutto pr. J. IV, 14. Per es: fr. 9, § 4, D. XII, 2. — Caio, IV, 126.

(8) § 1, J. IV, 14. — Caio, IV, 127.

(9) § 2, J. ibid. — fr. 2, § 2, 3, D XLIV. 1. — Caio, IV, 128.

§. 218. VI. *Della durata delle replicazioni e duplicazioni.*

Le replicazioni, duplicazioni e tutte altre scambievoli risposte delle parti, debbono generalmente risguardarsi come eccezioni e perciò esenti da ogni prescrizione (1), ma l'azione prescritta non può più essere opposta come replica (2).

CAPITOLO IV.

DEGLI INTERDETTI, MESSIONI E RESTITUZIONI.

§. 219. *Degli interdetti.*

Gli interdetti erano talune formule, con le quali il magistrato competente interponeva la sua autorità nelle contestazioni, dando un ordine imperativo ovvero proibitivo (3). Essi nacquero dello *imperium* del pretore (4), e trovavan luogo in tutte le parti del sistema del dritto: erano soprattutto accordati ne' casi in cui la legge non dava punto azioni, e dovevano non solo proteggere le cose di umana ragione (*res humani juris*), ma quelle altresì di ragion divina (*res divini juris*); si riferivano alle pubbliche piazze, alle strade, a' fiumi (5); e nel privato dritto assicuravano egualmente le persone e le cose. Oltre a ciò, noi li troviamo quando si tratta del possesso, talora ne' casi in cui la legge non accordava azione (6), tal altra in quelli ne' quali essi concorrevano, una colle azioni, allo acquistamento del possesso (7). Essi servivano eziandio a protegger taluni dritti in casi ne' quali non si ammetteva possesso; per esempio, quando si trattava di ottenere o di far mantenere delle vie private (8). Il sistema degli interdetti era siffattamente esteso, che il pretore durante il suo magistrato ne faceva un uso assai più frequente che delle azioni; siccome si vede nel libro 43° delle Pandette, dove sono stati posti insieme. Generalmente, essi dividonsi in proibitorii, restitutorii ed esibitorii (9); secondo la distinzion fatta più sopra,

(1) Fr. 2, § 1-3; fr. 22, § 1, D. XLIV, 1. — Const. 6, C. VIII, 26.

(2) Fr. 9, § 4, D. XII, 2.

(3) Caio, *Inst.* IV, 139. — Pr. J. III, 14; IV, 15.

(4) *Prætor aut proconsul auctoritatem suam finiendis controversiis præponit.*

(5) Fr. 1, pr.; fr. 2, § 1, D. XLIII, 1.

(6) *Interdicta retinendæ et recuperandæ possessionis.*

(7) *Interdicta adipiscendæ possessionis.* Ne' casi pe' quali accordavansi le azioni *nossali* (a), vi erano pure degli *interdicta noxalia*, anche mantenendosi il possesso. Fr. 5, D. eod.

(8) Fr. 2, § 2, D. XLIII, 1.

(9) Co' primi il Pretore vietava che alcuna cosa si facesse, *vetat aliquid fieri*; co' secondi, ordinava che taluna cosa si restituisse, *restitui aliquid jubet*; co' terzi finalmente, comandava si esibisse ovvero mettesse fuori alcuna cosa o persona iniquamente oppur maliziosamente tenuta nascosa, *jubet exhiberi*. (*Il Trad.*)

(a) Pe' privati malefizi degli schiavi, l'offeso avea doppia azione, la criminale e la civile. Criminalmente non potea procedere se non contro lo schiavo medesimo: salvochè egli per avventura avesse misfatto di ordine del padrone, nel qual caso anche questo era tenuto, ma pel delitto proprio, come qualunque altro mandatore di reità. Civilmente però, ossia pecuniamente, contro il solo padrone si potea per detta cagione procedere: il quale se avea commesso allo schiavo di malfare, oppur potendo non ne lo avea trattenuto, era obligato *in solidum*, nè più nè meno che s' egli stesso avesse malfatto; ma se avesse ignorato, o sapendo il mal disegno, divietatolo, ma invano, si dava contro di lui l'*actio noxalis*, mercè della quale eragli lecito, se condannato, di liberarsi dal pagamento del danno fatto con dare al danneggiato il corpo stesso del nocente. « Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est servus. » § 1. J. IV, 8.

(*Il Trad.*)

si riferiscono al possesso, oppur no; finalmente, rapporto alla procedura, sono semplici o doppi (1) (2).

Sotto Diocleziano e Massimiano, essi si ravvicinarono dippiù alle azioni, perciocchè di quel tempo il magistrato non più ricorreva al *judex* in materia di azioni, e non altra distinzione sopravvanzava tra le azioni e gli interdetti, se non quella di un procedimento più sommario pe' secondi (3). Egli è dunque al tutto naturale che il procedimento per via di azioni si fè preponderante, che l' uso di molti interdetti si perdette, e che quelli rimasti in piedi conservarono lo spirito dell' antico sistema. Noi li additeremo in quelle materie nelle quali occorreranno, riserbandoci a sporne i generali principj nella materia del possesso.

§. 220. *Delle messioni.*

Il civil dritto romano aveva de' mezzi propri per dare esecuzione alla cosa giudicata: alla quale esecuzione appunto si riferiva la *missio in bona*. Però, ne' soli casi in cui il pretore aveva una particolar giurisdizione, per esempio quando egli era fidecommissario, faceva eseguir il suo giudizio con la messione pura e semplice *in bona*: negli altri casi, le messioni *in bona* erano mezzi costrettivi novellamente accordati dalla procedura pretoria, come per esempio per cagion di disobbedienza (4). Essi erano altresì accordati per sicurtà di pervenire al giudizio (5), come nel pegno pretorio; impiegavali egualmente il pretore per venire in aiuto delle stipulazioni pretorie (6); s' incontravano in materia di successione (7); finalmente, avevan luogo eziandio nel caso d' impotenza del debitore a pagare, perlochè l' antica procedura in materia di concorso, la qual si proponeva la vendita de' beni del debitore (*per bonorum venditionem*) fu modificata, ed il pegno e la ipoteca diventarono i mezzi di esecuzione generali in materia di concorso (8). Talvolta la messione si applicava a tutti i beni di una persona, tal altra a solo taluni; produceva alla maisempre una detenzione, non mica alcun giuridico possesso, e in tali termini fu protetta con apposito interdetto (9). Tuttavia, la messione in taluni casi ripetuta dava luogo al possesso (*missio ex secundo decreto*) e menava alla prescrizione (10).

§. 221. *Della restituzione in integro* (11).
I. *Nozioni.*

La restituzione in integro (*in integrum restitutio*) nel romano dritto con-

(1) Interdetti *semplici* si dicono quelli, ne' quali l' attore manifestamente si distingue dal reo; *duplici* quelli in cui quale sia il reo non si può così bene o commodamente discernere, per esser pari la condizion de' litiganti, ciascun dei quali sostien la parte così di attore come di reo, per esempio l' interdetto *Uti possidetis* e quello *Utrubi*. *V.* Dig. XLIII, 1; Inst. IV, 15, § 8. (*Il Trad.*)

(2) Fr. 2, pr. D. eod.

(3) § 8, J. IV, 1.—Const. 3, 4, C. VIII, 1.

(4) *Cautio de judicio sisti*, fr. 7, § 1-9, § 13, D. XLII, 4.—Const. 9, C. VII, 72.—Nov. 53, cap. 4. § 1.

(5) Const. 3, C. VII, 53 (*de exerc. rei jud.*)

(6) *Cautio damni infecti.*

(7) *Missiones ventris nomine*; *ex carboniano edicto.*

(8) Teofilo, sul pr. Inst. III, 12 (*de succ. subl. quæ fieb. per bon. vend.*).

(9) Fr. 1, pr. § 5, D. XLIII, 4.

(10) Fr. 15, § 16, 21, 23, D. XXXIX, 2 (*de damno infecto*).

(11) Fonti: Paolo, *Sent. rec.* I, 7-9.—Cod. Theod. II, 15, 16.—Dig. IV, 1-7; XLIV, 4.—Cod. Just. II, 20-25.

Bibliografia: Sforzia Oddus, *De rest. in integrum.* Venet. 1584 et Francf. 1672. Cuiacio, *Ad tit. Dig. De in integrum rest.*; nelle sue *Oper.* I, 975.—Duarein, *Comm. in primam partem Pand.* IV, 1-6. *Oper.* p. 71.—Doneau, *Comm. jur. civ.* XXI,

siste in ciò, che un atto strettamente valido in ragion civile può per motivi di equità essere annullato dal pretore, dietro la dimanda di una delle parti da quell' atto danneggiata; nel qual caso ella rimette le parti nello stato in cui si trovavano prima dell' atto (1). È questa la ragione per che la si chiama altresì *redintegratio causae amissae*, oppure *instauratio negotii* (2). Uopo è ricercare nello smodato rigore dell' antico dritto civile la cagione ond' ebbe origine la restituzione in intiero. Infatti, secondo tal dritto, molti atti i quali non sarebbero stati validi giusta i principj generali del dritto, producevano nonpertanto i propri loro effetti, purchè la civil forma fosse stata osservata. Perciò il pretore dava contro cotali atti una eccezione, e quando questa riusciva inefficace, egli accordava la restituzione in intero (3). Per somigliante motivo il pretore restituiva egualmente contro il pregiudizio che taluno soffriva da una prescrizione ovvero una omessione valida in ragiou civile. Adunque le restituzioni in integro poggiano soprattutto in sul' Editto del pretore, ma più tardi furono estese con delle costituzioni.

Tra le restituzioni introdotte per via di costituzioni imperiali, e che perciò sono chiamate altresì restituzioni civili, si contano: 1° la restituzione avverso un giudicio il quale ha acquistato forza di cosa giudicata, ma che poggi sopra testimonianze ovvero documenti falsi (4); 2° la restituzione avverso un giuramento principale e necessario, prestato a richiesta del giudice, se si scoprono di nuovi documenti; avvegnachè nessuna restituzione non si accordi contro il giuramento deferito (5): 3° la restituzione contro l' adizion di una eredità gravata di molti debiti ignorati al tempo dell' adizione (6).

§. 222. II. *Delle condizioni della restituzion pretoria.*

La restituzion pretoria non si accorda altro che col concorso delle segnenti condizioni:

1. Una lesione di qualche momento (7), prodotta dall' atto ovvero dalla omessione dell' atto, senza che la persona lesa possa a se medesima attribuirne la colpa (8);

2. Un motivo legale di restituzione (9);

3. La mancanza di qualunque altro mezzo di ragione idoneo a cessar la lesione: ondechè per regola generale non ha luogo restituzione alcuna, quando l' atto è nullo nello stesso dritto civile, o almen quando egli può essere attaccato di nullità (10).

1-14.—Dompierre de Jonquières, *De rest. in integrum*. Lugd. — Bat. 1767. — Prasse, *Historia jur. civ. de restit. in integr.* Hildburg. 1783. — Genelin, *Principia generalia rest. in integr. prætoriæ*. Tubing. 1809. — Gluck, *Comm.* 5. parte, § 131-59; 6., § 160-73. — Zimmern, *Rechtsges.* t. 3, § 101-7. — Burchardi, *Die Lehre etc*, Gœtt. 1831.

(1) Paolo, *Sent. rec.* I, 7, 1, — fr. 1, § 27, D. XLVIII, 18. — fr. 27, D. XLVIII, 19. — Const. 1, C. IX, 51.

(2) Const. 2, C. II, 41. — Const. 2, C. II, 22.

(3) Caio, IV, 116. — § 1-5, J, IV, 13, e Teofilo ivi medesimo — fr. 1, D. IV, 1.

(4) Fr. 33, D. XLII, 1. — Cod. VII, 58.

(5) Fr. 31, D. XII, 2. — Const. 19, C. II, 4.

(6) Caio, II, 163 in fine.

(7) Fr. 4, D. IV, 1. — fr. 9, pr.: fr. 16, § 4; fr. 49, D. IV, 4.

(8) Fr. 7, pr. D. IV, 1. — fr. 16, 27, D. IV, 6. — fr. 11, § 4, 5; fr. 7, § 8, D. IV, 4. — fr. 21, § 6, D. IV, 2. — Il solo minore è reintegrato anche quando egli ha imprudentemente operato, fr. 44, D. IV, 4. — Caio, II, 163; IV, 57.

(9) Fr. 1-3, D. IV, 1.

(10) Fr. 16, pr. § 1-4, D. IV, 4. — fr. 1, § 1, 7, 8; fr, 7, D, IV, 3. — fr. 21, § 3, D. IV, 2. — Però questa regola ha delle eccezioni. *V.* la const. 3, C. II, 20. — Const. 3. C. II, 25.

§. 223. III. *Della procedura in materia di restituzione.*

La restituzione in integro vuol essere risguardata siccome un benefizio della legge: il perchè deve essa maisempre esser dimandata (1), e quanto al modo del proseguirla, è mestieri intentarla:

1. O direttamente, per mezzo di un' *azione*, quando il leso è nel caso di dover proseguire il suo dritto con un' azione, per esser l' atto consumato, o perch' egli ha di già sofferto pregiudizio. Siffatto caso dava luogo nell' antico dritto romano ad un doppio processo; ad un *judicium rescindens*, e ad un *judicium rescissorium*. Nel primo, non si doveva altro che esaminare se, nelle circostanze presenti, eravi luogo ad accordare la chiesta restituzione: la qual quistione decideva il pretore per via di una straordinaria inchiesta (*extraordinaria inquisitio*). Quando la restituzione era accordata all' instante, questi, rientrato così nelle sue ragioni ed azioni primitive, come se egli non le avesse giammai perdute, intentava la sua azione contro all' avversario come una *actio rescissoria* ovvero *restitutoria*, ed in tal caso il pretore dava un *judicium*, ch' è quanto dire ch' egli nominava un *judex*: della qual maniera il processo ordinario, ossia il giudizio rescissorio della quistion principale, era introdotto (2). In dritto romano posteriore, i due processi sono insieme combinati, ed il giudice dopo udite le due parti (*causa cognita*) pronunzia nel medesimo tempo sulla restituzione e sul merito.

2. O sotto forma di una *eccezione*, quando l' atto pregiudiciale non è per ancora compiuto, ed il leso è convenuto per la esecuzione di quello; oppur quando l' atto è veramente eseguito, ma il leso è fortuitamente rientrato nella possession della cosa che l' atto avevagli fatto perdere (3).

3. O finalmente come replicazione e duplicazione (4).

(1) Fr. 69, D. L. 17.—fr. 25, § 1, D. IV, 4.

(2) § 5, J. IV, 6.—fr. 35, pr. in fine, D. XLV, 7.—fr. 13, § 1, D. IV, 4.—Vinnio, *Select. quæst.* 7, 10 (a).—Glück, *Comm*, 5. parte, p. 408.—Soprattutto, Zimmern, *Diss. de judicio quod vocant rescindente ac rescissorio.* Heidelb. 1826.

(3) Fr. 9, § 3, D. IV, 2.

(4) Fr. 9, § 4, D. XII, 2.

(a) Fa meraviglia veder dall' autore allegato, quasi per suo sostegno, il Vinnio, il quale non solamente nelle sue scelte Questioni, ma eziandio nell' aureo Comento alle Instituzioni, attende con sommo studio a provare appunto il contrario; cioè essere al tutto erronea e discorde dal dritto quella comune opinione dei Dottori, secondo la quale un duplice giudizio è necessario, il primo rescindente, il secondo rescissorio, epperò un doppio libello, una doppia contestazion della lite, ed una doppia pronunciazione, vale a dire il decreto del magistrato, per cui la rescissione si ammetta, e la sentenza del giudice, con la qual si ordini la restituzion della cosa. Tutto in contrario il vero è che il Pretore, nell' atto medesimo che egli accorda l'azione, implicitamente dichiara la rescissione, permettendo egli (per uno esempio) nell'antico padrone di una cosa malamente usucatta, di domandare a dirittura al possessore che gliela restituisca, come se nessuna usucapione fosse intervenuta; onde è manifesto che con un solo e semplice giudizio diffiniscesi il tutto. E notisi che questo errore ha dovuto esser nato da poca conoscenza dell' ordine giudiziario stato appresso gli antichi, e poi da quelli ne' quali non si può la stessa ignoranza supporre, essere stato ricevuto e divolgato come cosa appurata ed a cui non si richiedesse altro esame. Anticamente in tutti quasi i giudizi avevasi una cotale specie di doppio giudizio, sendochè alcune cose appo il pretore o magistrato si trattavano, altre appo i giudici da quello dati; ma nel vero uno solamente era il giudizio, e con un sol libello, una sola contestazione, ed una sola sentenza, si terminava. E propriamente il giudizio non era appresso il pretore instituito, sì bene dal pretore constituito, col dare ch' el faceva e l'azione ed il giudice che dovea di quella conoscere: onde neppur quegli atti, i quali presso il Pretore si facevano, dicevansi farsi *in judicio*, ma *in jure*. (*Il Trad.*)

§. 224. IV. *Della durata della restituzione* (1).

Rispetto al sapere in quale spazio di tempo la restituzione debba esser dimandata, bisogna esaminare di qual maniera la si fa valere.

1. Se essa è direttamente domandata per via di azione, deve essere intentata nello spazio di anni quattro (2). Questo termine comincia a correre, pe' minori, dal momento di loro maggiore età, e pe' maggiori da quando essi hanno avuto conoscenza della lesione e sono in istato di chiamare in giudizio (3).

2. Dimandata in forma di una eccezione ovvero duplicazione, essa può essere opposta in ogni tempo (4).

3. Da ultimo, fatta valer come replica, deve ella esser prodotta in quel medesimo spazio dopo il quale l' azion per restituzione si estingue (5).

§. 225. V. *Degli effetti della restituzione.*

La restituzione in integro ha generalmente per effetto di rimettere, tanto ch'è possibile, tutte le cose nello stato in cui erano prima dell' atto. Adunque ciascuna delle parti è tenuta di rendere ciò che ha ricevuto dall'altra, una con le accessioni ed i frutti, per quanto però questi ultimi non sieno compensati dagli interessi del denaro egualmente restituibile (6): debbono altresì le parti rimborsarsi le spese necessarie ed utili da lor fatte a pro della cosa nel tempo che ciascuna ne ha tenuto il possesso (7). Colui il quale è rintegrato in un dritto ch' egli aveva perduto oppur rinunziato, rientra nello esercizio di quello, ed è liberato dalla obligazione impostasi (8).

§. 226. VI. *Da chi e contro cui la restituzione può esser domandata.*

Quanto è alle persone dalle quali e contro le quali si può la restituzione domandare, bisogna notare:

1. Che il benefizio della restituzione può essere invocato non solo dalla medesima persona lesa, ma parimente da' suoi eredi (9), cessionarî (10),

(1) Gluck, *De vita petendæ restitutionis etc.* ne' suoi *Opuscoli*. — Koch, *De præscriptione restit. in integrum*. Giess. 1780. — De Schrœter, *Comm. de temporibus in integr. restit.* Jenæ, 1834.

(2) Secondo il vecchio diritto, tutte le azioni per restituzione, eccettochè quelle accordate per cagione di un mutamento di stato *(propter capitis deminutionem)*, dovevano essere intentate nello spazio di un anno utile *(intra annum utilem)*. fr. 1, § 1, D. IV, 6. — Fr. 19, 39, pr. D. IV, 4. — fr. 28, 29, D. XLIII. — fr. 1, pr.; fr. 10, pr. § 18, D. XLII, 8. — Secondo le disposizioni di Costantino e di Giustiniano, l'azion *de dolo malo* debbe essere intentata e finita *intra biennium continuum* (const. un. C. Teodos. II, 15. — const. 8, C. II, 21), e le restituzioni per manco di età e per cagione di assenza debbono esser domandate *intra quadriennium continuum*. Const. 2, pr. C. Teod. II, 16. — Const. 7, C. II, 53.

(3) Const. 7, pr. ibid. — Const. 4, C. II, 21. Const. 4, C. II, 20.

(4) Fr. 5, § 6, D. XLIV, 4. — Const. 5, C. VIII, 36.

(5) Fr. 9. § 4, D. XII, 2.

(6) Fr. 24, § 4, D. IV, 4. — Const. un. pr. C. II, 48. — Cpr. fr. 23, § 2; fr. 28, § 6, D. IV, 6. — fr. 27, § 1; fr. 40, § 1, D. IV, 4.

(7) Fr. 39, § 1, D. IV, 4.

(8) Const. un. § 1, 2, C. II, 48. — Cpr. const. 2, C. II, 40. — Const. 8, C. II, 22.

(9) Fr. 6, D. IV, 1. — fr. 18, § 5, D. IV, 4. — Ma bisogna che il defunto non abbiavi validamente rinunziato e che il tempo dato alla restituzione non sia decorso; quandochè l'erede profitta solamente del tempo rimanente a correre dopo la morte. Fr. 19, D. IV, 4. — Const. un. C. II, 34,

(10) Fr. 24, pr. D. IV, 4. — fr. 14, § 2, D. IV, 2.

e mallevadori (1), quando anche ella stessa non se ne varrebbe (2).

2. Che nondimeno generalmente essa non può essere intentata se non contro colui col quale si è contrattato, e non punto contro il terzo possessor della cosa; eccetto

a) Quando l' azion per restituzione è una *actio in rem scripta* (3);

b) Quando il dritto prima perduto e poi restituito, è un dritto reale (4).

§. 227. *Delle diverse cause di restituzione* (5).

La restituzion pretoria ha per fondamento o una causa espressamente determinata nello Editto (6), o la clausola generale dal pretore aggiunta allo Editto della restituzione per cagion di assenza: *item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam* (7).

§. 228. VII. *Della restituzione per determinate cagioni.* A. *Per cagion di violenza* (8).

Colui il quale era forzato da una illegal violenza o da una fondata paura a fare un atto a lui pregiudizioso, ma pur valido nel rigor del dritto, malgrado del costringimento; aveva il dritto di domandare per tal motivo di esser rintegrato avverso questo atto (9).

1. Pertanto, il pretore restituivagli l' azione derivante dal dritto da lui perduto, e gliela accordava come azione utile, allo stesso modo che s' egli l'avesse maisempre conservata. Tale azion primitiva restituita pigliava il nome di *rescissoria s. restitutoria*, nè punto perdea di sua natura; cioè a dire ch' ella era reale ovvero personale secondo la natura del dritto restituito (10).

2. Oltre a ciò il pretore dava al leso una azion novella, indipendente dalla prima, l' azione *quod metus causa* (11), non solamente contro l' operator della violenza (12), ma parimente contro il terzo possessore, anco di buona fede, della cosa stata obbietto alla violenza (13), e contro gli eredi del violento, in quanto diventati più ricchi (14); la quale azione mirava a far restituire la cose con tutte le sue accessioni (15).

(1) Fr. 7, § 1; fr. 19, D. XLIV, 1. — Eccetto quando si è espressamente data malleveria per sicurare il creditore contro il benefizio della restituzione. Fr. 9, § 3, D. XIV, 6. — fr. 13, pr. D. IV, 4. — Const. 2, C. II, 24. — Il mallevador di un minore non può dimandar la restituzione, se non quando egli stesso è minore, o quando ei può invocare una *causa specialis*, com'è provato dal fr. 95, § 3, D. XLVI, 3. Il fr. 7, § 3, D. XLIV, 1, non è qui applicabile.

(2) Fr. 14, § 2, D. IV, 2. — Const. 5, § 1-3, C. II, 53.

(3) Fr. 9, § 8, D. IV, 2.

(4) § 5, J. IV, 5.

(5) Dig. IV, 1-7. — Codice, II, 20-55.

(6) Fr. 1, 2, D. IV, 1. « Prætor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit: sive *metu*, sive *calliditate*, sive *ætate*, sive *absentia* inciderunt in captionem, sive per *status mutationem*, aut *justum errorem*. »

(7) Fr. 1, § 1, in fine, D. IV, 6. — Cpr. fr. 26. § 9, ibid.

(8) Dig. IV, 2. — XLIV, 4. — Cod. II, 20. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 40. Walch, *De negotiis et actibus vi metuve extortis etc.* Ienæ, 1790. — Gluck, *Comm.* 2. parte, § 444. — De Tiennes, *De eo quod metus causa gestum erit jure romano*. Lovanii, 1824.

(9) Fr. 1, D. IV, 2. — Cpr. fr. 3. § 1; fr. 7; fr. 8, § 3; fr. 21, § 1; fr. 23, § 2, D. ibid. — Const. 9, C. II, 20.

(10) Fr. 9. § 4-8, D. IV, 2. — Const. 3, C. II, 20.

(11) Fr. 9, § 4, 6; fr. 14, § 5, D. ibid.

(12) Ed anche quando egli non possedeva più la cosa: fr. 14, § 5, D. ibid.

(13) Fr. 14, § 3, 5; fr. 9, § 6, 8, D. ibid.

(14) Fr. 16, § 2, ibid. — Cpr. const. un. C. IV, 17. L'azione apparteneva pure a colui il quale aveva interesse che la violenza non fosse fatta: fr. 14, § 6, 8, ibid. — Cpr. fr. 7, § 1, D. XLIV, 1.

(15) Fr. 12, pr. D. IV, 2.

3. Finalmente il leso poteva altresì, secondo le circostanze, usar per sua difesa l'azione *quod metus causa*, contro chiunque lo attaccava in giudizio a nome dell'atto ottenuto con violenza, ovvero dimandavagli come sua la cosa, stata obbietto del forzamento (1).

§. 229. B. *Per cagion di dolo* (2).

Quando taluno era stato tirato per dolo a tale atto, che di ragion civile fosse valido non ostante il dolo, il pretore non gli accordava l'azion restitutoria, come nel caso della violenza e paura (*vis et metus*), ch'è quanto dire che l'azion primitiva non era punto restituita; ma il giuntato non potea domandar la restituzione se non per mezzo della *exceptio* ovvero *replica doli* (3), la quale eragli data contro il giuntatore, e contro il terzo acquistatore della cosa stata obbietto della giunteria, allor che questi l'aveva acquistata in un modo lucrativo, o che con mala fede avevala acquistata a titolo oneroso (4). Ma quando l'ingannato non poteva opporre la eccezione di dolo, nè di verun altro mezzo di dritto aiutarsi, il pretore gli accordava l'azione *de dolo malo* contro al fraudolento e contro agli eredi suoi fatti più ricchi dalla fraude (5); la quale azione avea per fine di far restituire la cosa ottenuta per dolo, e quando tal restituzione non era possibile, di far dare una indennità, la quale il danneggiato proponeva, ma il giudice potea moderare (6). L'azione *de dolo malo* era sottoposta, come *actio famosa*, a molte restrizioni (7), e ne' casi in cui non era accordata, in mancanza di altro mezzo, davasi un'azione *in factum* (8).

§. 230. C. *Per cagion di minore età* (9).
1. *Principio generale.*

Quando un minore, cioè la persona non giunta a 25 anni finiti (10), ha ricevuto pregiudizio dalla contrattazione di un atto strettamente valido in dritto, ovvero dalla omessione di una azione, egli può sempre dimandarne la restituzione per lo solo motivo che al tempo ch'egli ha fatto ovvero omesso l'atto, non era di età maggiore (11). In questo appunto consiste il beneficio della legge a pro della minore età, ovvero le ragioni de' minori (*jura*

(1) § 1, J. IV, 13. — fr. 9, § 3, D. IV, 2. — Const. 5, C. VIII, 39. — Const. 5, C. VIII, 36. — Cpr. fr. 4, § 33, D. XLIV, 4.

(2) Dig. IV, 3. — XLIV, 4. — Cod. II, 21. — Gluck, *Comm.* 5. parte, § 452.

(3) Fr. 1, pr. § 1; fr. 2, pr. D. XLIV, 4. — Zimmern, *De judicio resc.* 8.

(4) Fr. 4, § 27-32, D. XLIV, 4.*

(5) Fr. 1, pr. § 1; fr. 17, § 1; fr. 26, D. IV, 3. — § 1, J. IV, 13. — Ma essa non poteva essere intentata contro il terzo possessore. Const. 10, C. IV, 44.

(6) Fr. 18, pr. D. IV, 3. — fr. 2; fr. 5, § 3, D. XII, 3.

(7) Tanto relativamente al *tempo* entro cui (Const. 8, C. II, 21), quanto rispetto alla *persona* contro cui (fr. 11, § 1, D. IV, 3. — const. 5, C. II, 21), ed al montar del danno per cui poteva essa intentarsi (fr. 9, § 5; fr. 10, D. IV, 3). Cpr. fr. 5, 38, D. ibid.

(8) Fr. 11, in fine; fr. 12; fr. 28; fr. 29, ibid. — La quale azione potendo liberamente formularsi dal Pretore (§ 203, c.), egli per allontanare la infamia, vi facea menzione della buona fede del reo. (*Il Trad.*)

(9) Caio, IV, 57 in fine. — Paolo, 1, 9. Cod. 24. II, 16. — Dig. IV, 4. — Cod. II, 22-25. — Doneau, *Comm.* XXI, 6-13. — De Hedemann, *Diss. de auxilio etc. sive de restitutione minorum.* Gœtt. 1751. — Gluck, Comm. 5. parte, § 456.

(10) Il tempo della minore età si computa *naturaliter* rispettivamente alla restituzione, cioè a dire che si resta minore fino a che siasi compiuto l'ultimo momento del 25° anno. Fr. 3, § 3, D. IV, 4.

(11) Fr. 1, pr. § 1, 2, D. IV, 4. — Const. 5, pr. C. II, 22. — Const. 2, C. II, 25. — Const. II, C. V, 71.

minorum). Il minore è reintegrato, anche quando ha egli occasionato il danno con la propria imprudenza (1), oppur quando il pregiudicio avvien da colpa del tutore o del curatore (2), ovvero quando l'atto è stato confermato dal giudice (3).

§. 231. 2. *Da chi e contro cui siffatta restituzione si possa dimandare.*

La restituzione per causa di minore età appartiene:

1. Generalmente a tutti i minori per tutti gli atti ovvero omessioni le quali abbiano loro apportato pregiudizio (4). Nientedimeno cotal regola è soggetta alle seguenti eccezioni: quando il minore s'è dichiarato maggiore con una intenzione fraudolenta (5); quando il principe lo ha dichiarato maggiore (6); quando alla sua lesione ha dato occasione l'esercizio di una professione, al quale era egli stato pubblicamente autorizzato; quando venuto a maggiore età, egli ratifica l'atto espressamente oppur tacitamente (7), ovvero essendo egli pubere, il conferma con giuramento (8); quando l'atto non è stato fatto dal minore medesimo, ma dal suo autore defunto, di età maggiore (9); quando il minore ha dato alcuna cosa per ragioni di convenienza (10); quando egli stesso o pure il suo tutore ha ricevuto un pagamento preceduto da un decreto *de solvendo* (11); finalmente non si dà punto restituzione contro le celebrate sponsalizie, nè contro un commesso delitto (12).

2. La restituzione per causa di minore età sovviene egualmente agli eredi e cessionarî del minore, contuttochè maggiori (13); ma non al mallevadore, il quale ha scientemente fatto sicurtà pel minore (14), nè meno al terzo, se non quando il suo interesse non può esser separato da quello del minore (15).

3. La detta restituzione non può esser dimandata altro che contro colui col quale il minore ha contratto l'atto pregiudicativo (16) e contro gli eredi di questo (17); ma generalmente non si dà contro il terzo possessor della cosa (18), nè contro il padre e la madre che abbiano contrattato col minore (19).

(1) Fr. 44, D. IV, 4.

(2) Fr. 29, pr.; fr. 47, D. IV, 4. — Const. 3, C. II, 25.

(3) Const. 2, C. ibid.—fr. 4, D. XLII, 1.

(4) Fr. 3, § 4, D. IV, 4. — Caio, IV, 57: « Exceptis minoribus XXV annorum; namque hujus ætatis hominibus in omnibus rebus lapsis prætor succurrit. »

(5) Const. 1-3, C. II, 43.

(6) Cost. 1, C. II, 45. — Cremers, *Explicatio leg. 1, C. de his qui veniam ætatis impetraverunt. Grœning.* 1808.

(7) Const. 1, 2, C. II, 46. — Cpr. fr. 3, § 2, D. IV, 4.

(8) Auth. *Sacramento puberum*, C. II, 28.

(9) Fr. 38, D. IV, 4. — Const. 2, C. II, 29.

(10) Fr. 9, § 1, D. IV, 4. — Const. 1, C. II, 30.

(11) Const. 25, C. V, 37.

(12) Fr. 9, § 2, D. IV, 4.

(13) Fr. 18, § 5, D. IV, 4. — fr. 24, pr. D. ibid.

(14) Fr. 13, pr. D. ibid. — fr. 7, § 1, D. XLIV, 1. — Const. 1, 2, C. II, 24. — Niehaus, *Diss. de fidejussore minoris.* Gœtt. 1778, § 14.

(15) Arg. fr. 10, pr. D. VIII, 6. — fr. 72, pr. D. XLV, 1. — fr. 23, 24, D. IV, 4. — Blauet, *Diss. de restitutione in int. minorum ex causa individua majoribus proficua.* Gœtt. 1779.

(16) Anche quando egli invocasse il Scto Macedoniano o Velleiano: fr. 3, § 2, D. XIV, 6. — fr. 11, § 7; fr. 12, D. IV, 4. — Il minore è parimente reintegrato contro lo Stato: fr. 8, D. IV, 1. — Ma quando il minore ha egli stesso un minore per avversario, non può domandar la redintegrazione se non quando questo secondo si è arricchito con l'atto: fr. 34, pr. D. IV, 4. — fr. 11, § 6, D. ibid.

(17) Const. 6. 7, C. II, 22.

(18) Per le eccezioni, *v.* fr. 13, § 1; fr. 14; fr. 9, pr.; fr. 39, § 1, D. IV, 4.

(19) Fr. 24, § 4, D. IV, 4. — Const. 2, C. II, 42. E nemmeno si accordava contro il patrono o la patrona, ai quali si

§. 232. 3. *De' suoi effetti e della sua durata.*

La restituzione per cagion di minore età ha per effetto di rimettere tutte le cose nel loro stato primiero (1). Il minore ricupera ciò ch' egli ha perduto, nè altro deve rendere che quello di che si trova arricchito nel momento della contestazion della lite (2). Il minore, pervenuto che sia all' età maggiore, gode ancora per anni quattro il diritto di chiedere la restituzione in intiero (3). Pertanto, allorchè quegli a cui ella compete, passi di vita senza averla dimandata, il tempo sopravvanzante profitta a' suoi eredi; il qual tempo comincia a correre, per l' erede maggiore dal momento dell' adizion del redaggio, e per l' erede minore da ch' egli stesso ha toccato la sua maggiore età (4).

Questo beneficio dalla legge assicurato a' minori (detto anche *jura minorum*) fu altresì esteso alle città (5).

§. 233. D. *Per cagione di assenza* (6).

I maggiori di età possono similmente chieder restituzione per cagione di assenza, ma solamente contro *omessioni* dalla loro assenza cagionate, e non punto contro tali atti giuridici a' quali abbiano cooperato o da sè stessi, o per mezzo di loro procuratori (7). Intendesi qui per assenza non solo la lontananza da un luogo, ma generalmente qualunque impedimento di fatto, il quale trattenga l' uomo da sperimentare il proprio diritto; a modo di esempio, la pazzia, ovvero la cattività.

1. Risguardo all' assenza, bisogna far distinzione tra l' assenza sua propria e quella di un altro.

a) Quando taluno dalla propria sua assenza ha ricevuto danno, per non aver egli fatto valer sua ragione, è uopo distinguere tra l' assenza *necessaria* e la *volontaria*. Nel primo caso, egli ottiene sempre la restituzione, quando non ha lasciato procuratore, o lasciatolo, non si può sopra di lui rifare (8): debbesi nondimeno eccettuare il caso che la sua assenza era per pena, perciocchè allora la reintegrazione non gli si accordava, se non quando non dipendeva da lui di lasciare un procuratore (9). Nel secondo caso, egli non è mai redintegrato quando la sua assenza sia biasimevole (10), e

dovea una similitudine della riverenza debita a'genitori, perchè come per opera de'genitori si nasce alla vita naturale, così per benefizio de'manomessori si nasceva alla vita civile. *(Trad.)*

(1) Però quando un minore è redintegrato contro l'adizion di una successione, i legati adempiuti possono esser ridomandati, ma non è il medesimo de'debiti che sono stati pagati: fr. 5, D. XII, 6. — fr. 22, 31, D. IV, 4.

(2) Fr. 27, § 1; fr. 47, § 1, D. IV, 4.

(3) Const. 2, § 2-4, C. Th. II, 16. — Const. 7, C. II, 52. — L'erede *suo*, il quale si è astenuto dalla succession paterna, è eccettuato. Infatti, egli può ancora chieder la successione paterna per tre anni, poichè questo spazio di quattro anni è decorso *(quadriennium restitutionis)*. Const. 6, C. VI, 31.

(4) Fr. 18, § 5; fr. 19, D. IV, 4. — Const. 2, § 2-4, C. Th. II, 16 — Const. 5, 7, C. II, 52.

(5) Fr. 78, § 1, D. XXXI. — Const. 3, C. XI, 29. — Const. 1, C. I, 50. — Const. 4, C. II, 54.

(6) Dig. IV, 6. — Cod. II, 51, 52, 54. — § 5, J. IV, 6. — Gluck, *Comm.* 6. parte, § 467.

(7) Fr. 7, D. IV, 1. — fr. 1; fr. 16; fr. 27; fr. 41, D. IV, 6. — Thibaut, *System.* § 1013.

(8) Fr. 15, 26, § 9; fr. 29; fr. 39, D. IV, 6. — Const. 10, C. II, 13.

(9) Fr. 26, § 1; fr. 40, § 1, Ibid.

(10) Fr. 14, D. IV, 6. — Per esempio i disertori, a'quali nessun beneficio accordavasi, per esser loro negato il postliminio.

(Il Trad.)

per contrario gode sempre di detto benefizio allor che nessun rimprovero gli si può fare, e ch' egli non ottenga alcuna indennità dal suo procuratore, oppure che nessuna colpa gli si possa dare di non aver lasciato procuratore durante sua assenza (1).

b) Quando alcuno teme di soggiacere a qualche danno per l'assenza del suo avversario, egli può preservarsene protestando o in giustizia, o presso un pubblico notaio, o innanzi a tre testimoni (2): ma s'egli non ha fatto veruna protesta, è pur sempre reintegrato, quando l'avversario non abbia lasciato alcun procuratore (3).

2. Ne' casi in cui l'uomo ha dritto a reintegrazione per causa di assenza, egli può far valere le sue pretensioni per differenti guise, secondo la diversità delle circostanze. Pertanto:

a) Quando la sua assenza gli ha fatto perdere un dritto di già acquistato, il pretore gli rende l'azione sua primitiva, derivante da quel dritto (*actio restitutoria s. rescissoria*) (4).

b) Quando l'assenza gli ha impedito di acquistare un dritto, il pretore gli dà, come azione utile, quell'azion medesima che gli sarebbe spettata quando egli avesse effettivamente acquistato quel dritto (*actio institutoria*) (5).

c) Finalmente egli può, quando accade, valersi dell' azione rescissoria come di una eccezione, per respingere la domanda dell' avversario (6).

Lo spazio di quattro anni, entro il quale la reintegrazione è accordata, comincia a correre dal dì del ritorno, ovvero della cessazione dell' impedimento (7).

§. 234. E. *Per cagion di errore.*

Chi per uno errore di fatto, del qual egli non può rendersi in colpa, ha sofferto un danno, può dimandar la reintegrazione nel suo stato di prima, allorchè nessun mezzo di ragione può fargli ricuperare il perduto (8). Nondimeno, siffatta specie di restituzione pare che da principio non siasi ad altro riferita che alla procedura, inquantochè soprattutto accordavasi contro l'ingiusto danno incorso per aver contraffatto all' antica procedura cotanto severa (9): in dritto nuovo, non può ella esser dimandata, se non come restituzione *ex clausula generali praetoris*, ne' casi in cui l'errore non reca pregiudizio alcuno a chi vi è caduto (10).

§. 235. F. *Per causa di diminuzion di capo* (11).

La diminuzion di capo estingueva nella persona incorsavi tutti i rapporti di dritto esistenti così a pro, come contro di essa, e per conseguenza altresì le obligazioni di dritto stretto (12). Ma nel caso della menoma diminuzione, il pretore rendeva a'creditori del deminuto la loro azion primitiva (13), dove ch' egli stesso non era idoneo a dimandar reintegrazione de' suoi crediti estinti: ed il medesimo era del creditore il quale s'avesse arrogato il suo proprio debitore (14).

(1) Fr. 28, pr.; fr. 16, ibid.
(2) Const. 2, C. VII, 40.
(3) Fr. 1; fr. 21, pr. § 2, 3; fr. 22; fr. 39, D. IV, 6.
(4) Fr. 28, § 5, ibid. — § 5, J. IV, 6.
(5) Fr. 17, 41, 43, D. IV, 6. – Arg. fr. 8, § 14, D. XVI, 1.
(6) Fr. 28, § 5, D. IV, 6.
(7) Const. 7, § 1, C. II, 53.
(8) Fr. 2, D. IV, 1. — Gluck, *Comm.* 4. parte, § 296.
(9) Per es: § 33, J. IV, 6. – fr. 1, § 17, D. XLII, 6. — fr. 1, § 5, 6, D. XXVII, 5.
(10) Per es: fr. 7, pr. D. IV, 1.
(11) Dig. IV, 5. — Gluck, *Comm.* 6. parte, § 466. — Seckendorf, *De capit. dem. minima*, § 34.
(12) Caio, III, 83. — fr. 8, D. IV, 1. — § 1, J. III, 10 (11).
(13) Fr. 2, pr. § 1, 2, D. ibid. — Caio, IV, 38.
(14) Fr. 2, § 4, D. IV, 6. — Cioè, al cre-

§. 236. G. *Per causa di alienazione fatta a fine di mutare il giudizio* (judicii mutandi causa) (1).

Intendesi per *alienatio judicii mutandi causa facta*, ogni alienazion tra vivi (2) fatta col disegno di nuocere ad un altro (3), per darle con essa un novello avversario, e rendergli per tal modo lo sperimento del proprio dritto più difficile o anche vano del tutto (4).

1. Quando l'alienazione, la quale essa stessa non è mai annullata (5), consiste in ciò che il possessor di una cosa l'aliena per timore di esser chiamato in giudizio per essa, colui al quale siffatta alienazione arreca pregiudizio ha un'azione in *factum* per danni ed interessi contro l'alienatore (6).

2. Quando per contrario ella consiste nella cession di una azione, la qual si faccia con la intenzione di opporre al reo un più duro avversario, colui in pregiudicio del quale siffatta cessione s'è fatta, non è tenuto di rispondere al cessionario, ma basterà che semplicemente gli opponga, l'alienazione essere intervenuta *judicii mutandi causa*. Ma l'alienante medesimo conservava, nell'antico diritto, la sua azione (7); il dritto nuovo ne lo spoglia quando egli con animo di nuocere ha fatto la cessione a pro di tale, che facilmente possa opprimere il debitore (*cessio in potentiorem*) (8).

§. 237. H. *Della restituzione per la clausola generale del pretore.*

Oltre le cagioni determinate di restitnzione per noi discorse (9), il pretore prometteva in una general clausola aggiunta allo Editto concernente l'assenza, di accordar la reintegrazione eziandio per altri motivi, allorquando la equità paresse richiederlo (10). Questa sorta di restituzione può per conseguenza esser dimandata in tutti i casi ne' quali alcun sia impedito di sperimentar sua ragione, o che da avvenimenti esterni, o che dal fatto di un terzo, senza ch'egli possa di niente rimproverarsi (11). Allo stesso modo però, che la restituzione per cagion di assenza, questa non può essere accordata se non contro delle *omessioni* irreprensibili ed i pregiudizi ad esse conseguenti. I seguenti casi riduconsi alla detta specie di restituzione :

1. Quando per malattia o altro fortunevole caso inevitabile, taluno è stato trattenuto di far tale atto di procedura, la omession del quale gli reca pregiudizio.

2. Quando uno sia stato impedito di far valere il suo dritto in tempo utile, dal fatto del giudice (12).

3. Quando altri abbia sofferto un danno per effetto di una colpa scusabile (13).

ditore che aveva arrogato il suo debitore, quando questi diventava di sua ragione, non si restituiva l'azione perduta. *(Il Trad.)*

(1) Dig. IV, 4. — Cod. XXII, 55. — Gluck, *Comm.* 6. parte, § 673.

(2) Fr. 8, § 3, D. ibid.

(3) Fr. 3, § 5; fr. 4, § 1, 3, 5, D. ibid.

(4) Fr. 1, pr. D. ibid.

(5) Non si può dunque, se non molto impropriamente, parlare quì di una restituzione, tuttochè il fr. 3, § 4, D. ibid. e la const. un. C. II, 5, le diano questo nome.

(6) Fr. 1-4, D. ibid. — fr. 4, § 5, 6; fr. 5, 7, D. ibid.

(7) Fr. 11, D. ibid. — Circa la eccezione: a cagion della legge *Licinia*, *v.* fr. 12, D. ibid. — fr. 24, § 1, D. X, 3.

(8) Const. 1, 2, C. II, 14.

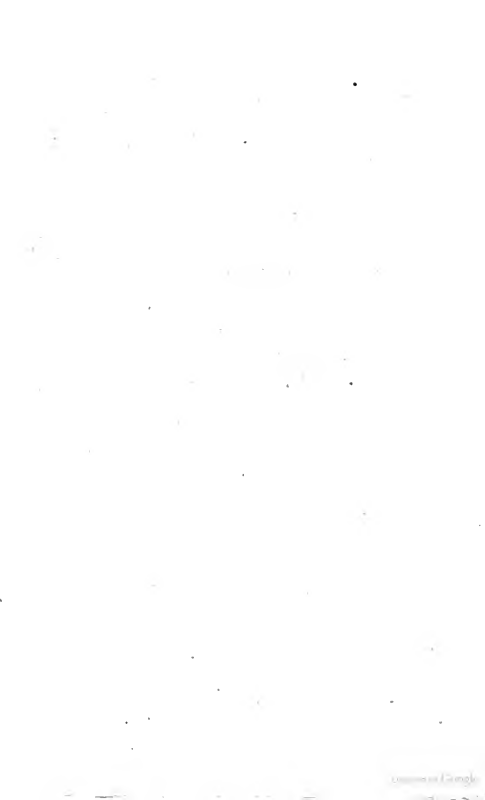
(9) Ragioneremo più innanzi dell'alienazion fatta in fraude de'creditori e dell'azione pauliana.

(10) Fr. 1, § 1 in fine, D. IV, 6. « Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam. » — fr. 26, § 9, ibid. — V. Gluck, *Comm.* 6, parte, 471 e 72.

(11) Per es: fr. 1, § 9, D. XLIII, 19 — fr. 34, § 1; fr. 35, D. VIII, 3. — fr. 26, § 7, D. IV, 6.

(12) Fr. 1, § 1; fr. 26, D. IV, 6.

(13) Fr. 2; fr. 7, pr. D. IV, 1.

INSTITUZIONI DEL DRITTO ROMANO

PARTE SPECIALE

INSTITUZIONI DEL DRITTO ROMANO

Parte speciale.

LIBRO PRIMO.

DE' DRITTI REALI.

§. 238. *Nozione e natura generale de' dritti reali.*

Un *dritto reale* si è quello il quale ci appartiene tanto immediatamente sopra una cosa, ch' ella sta sottomessa al nostro legale potere ed alla nostra volontà, sia che sotto tutti i rapporti, sia che sotto alcuni solamente (1).

I seguenti principj generali discendono dalla nozione e natura medesima del dritto reale:

1. Qualunque dritto reale ingenera la possibilità *legale* di disporre della cosa, e si distingue perciò essenzialmente dal semplice possesso della cosa, il quale non altro è che la *fisica* possibilità di disporne. Il dritto reale adunque non è punto subordinato alla condizione del possesso della cosa; ma si conserva altresì dopo perduto il possesso.

2. Ogni diritto reale, considerato in sè, è un dritto assoluto, cioè a dire che colui al quale compete lo esercita direttamente sopra la cosa contro chiunque altro, e ch' esso esiste senza che una determinata persona sia particolarmente obligata (§ 15). A così fatto dritto risponde il dovere negativo di tutti, di non punto turbare nello esercizio del suo dritto colui al quale esso compete (§ 16). Questo è ciò ch' essenzialmente distingue il dritto reale dalle obligazioni.

3. Qualsivoglia dritto reale può esser, mediante un' azione *in rem*, esercitato da colui al quale appartiene, contro chiunque possegga la cosa ovvero gliela contenda (2).

4. Finalmente, ogni dritto reale debbe di necessità finire allorquando la cosa a lui sottoposta è totalmente distrutta (3).

(1) Sulla nozione del dritto reale, *v.* Del Re, *Spec. observationum de jure in re.* Heidelberg, 1812. — Il medesimo, *Alcune altre considerazioni sull'azione IN REM e quella IN PERSONAM, sul jus IN RE e sulla OBLIGATIO;* nell' *Archiv. fur civ. Praxis*, t. VI: e l' analisi fattane nella *Themis*, t. VIII, 2. parte, p. 1; t. IX, p. 34.

(2) § 1, J. IV, 6. — Caio, IV, 3. — fr. 25, pr. D. XLIV, 7.

(3) Fr. 8, pr. D. XX, 6. — Cpr. fr. 23, D. VII, 4. — fr. 14, D. VIII, 6.

§. 239. *Delle specie di dritti reali in ragion romana.*

I dritti che si possono avere sopra singole cose, sono in ragion romana di due sorte; il *dominium* ed i *jura in re*. Questi secondi voglion considerarsi come parti costituenti, smembrate dalla proprietà, ed appartenenti, come dritti particolari, ad altrui che al proprietario (1). Questo è per che i moderni li chiamano altresì *jura in re aliena*. Essi sono: le servitù, la enfiteusi, il dritto di superficie ed i dritti di pegno e d'ipoteca (2). Oltre alla proprietà ed ai dritti *in re* da noi nominati, bisogna eziandio noverar tra' dritti reali il *dritto di successione*, considerato come dritto dello erede in sul redaggio a lui devoluto: in fatti, questo dritto può esser proseguito mediante un'azione *in rem*; ma rispetto al suo obbietto, esso si differenzia da tutti gli altri in tanto, ch'ei non ha per obbietto singole cose, ma tutti i beni lasciati dal defunto, considerati siccome un tutto giuridico, una universalità di dritto (§ 155) (3).

Per contrario il possesso, il quale considerato in se medesimo, non è un dritto (4), ma un semplice stato di fatto, ha nondimeno anch'esso, sotto certe condizioni, delle conseguenze legali; mercecchè egli allora ingenera diversi diritti a lui correlativi, spezialmente il dritto d'invocare gli interdetti, e la usucapione (5). I principj che governano il possesso, considerato siccome uno stato legale provvisionale, debbono adunque precedere la materia della proprietà e quella de' dritti reali.

(1) Wæchter, *Diss. de jure in re*. Viteb. 1682. — Huber, *Animadv. ad jus in re;* nelle sue *Digress. Justin.* IV, 10.— Savigny, *Trattato del possesso*, p. 100.

(2) V. però: Born, *Diss. de jure in re*. Lips. 1662.—Hahn, *Diss. de jure rerum et juris in re speciebus*. Helmst. 1664.— Hesselbladt, *Diss. de jure in re, quæ est res nullius*. Hal. 1779. — Rappolt (præs. Scheidemantel), *Diss. de numero specierum juris in re*. Statlg. 1786.

(3) Il dritto romano considera il dritto di successione talora come un'acquisizione per universalità *(acquisitio per universitatem)*, § 6, J. II, 9; Doneau, *Comm.* VI, 1; tal altra pure come il dritto dell'erede in sulla successione acquistata, o come una quasi proprietà della successione *(quasi dominium hereditatis)*, § 7, J. II, 19; fr. 48, pr. D. XXVIII, 5. Preso in questo ultimo significato, egli appartiene di certo a' dritti reali; perciocchè la nozion del dritto reale comprende il poter di farlo valere con una azione *in rem*, e la petizion di eredità *(hereditatis petitio)* competente all'erede per ripetere la successione, è appunto un'azione *in rem* (a). Il combinamento di questi due modi di guardare il dritto di successione, ci astringe a farne separata sposizione nel libro quarto.

(4) Fr. 1, § 3, D. XLI, 2: « Possessio, facti non juris est. »

(5) Fr. 49, pr. D. ibid. « Plurimum ex jure mutatur possessio. » — fr. 49, § 1, ibid. « Possessio non tantum corporis, sed juris est. »

(a) Il Voet però sostiene esser questa un'azione mista, fondandosi massimamente in ciò che primieramente la petizion dell'eredità poteva intentarsi non solamente nel luogo in cui le cose ereditarie erano poste, ma in quello altresì dove il reo aveva suo domicilio; secondo, nel non essere la detta petizione estinta con la prescrizione *longi temporis*, come non erano il più delle azioni *in personam*. *Comm. Pand.* V, 1, § 77. Ed il medesimo è l'avviso di Eneccio: *Element.* § 1169.

(*Il Trad.*)

CAPITOLO I.

DEL POSSESSO (1).

TITOLO I.

DEL POSSESSO IN GENERALE.

§. 240. I. *Della idea e della natura legale del possesso.* 1. *Della detenzione.*

Il possesso, nel sentimento grammaticale della parola, è un fatto pel quale una persona tiene in poter suo una cosa corporale; di maniera ch' ella possa disporne a sua volontà e con esclusione di tutti gli altri. Cosiffatto rapporto fisico esistente tra una persona ed una cosa, si chiama la *detenzione*, la qual è la base di ogni idea di possesso (2).

§. 241. 2. *Del possesso giuridico.*

Ma perchè questo stato puramente di fatto possa trasformarsi in un *possesso giuridico* (*possessio*), e dar così nascimento a taluni diritti, egli è mestieri che il detentore aggiunga al fatto medesimo della detenzione la intenzione (*animus*) di voler possedere la cosa come sua proprietà (3). Co-

(1) Fonti: Caio, IV, 138-70. — Inst. IV, 15. — Dig. XLI, 2, 3; XLIII, 16-23, 26, 31. — Cod. Th. IV, 22, 23. — Cod. Just. VII, 32; VIII, 4, 5, 6, 9.

Bibliografia: Doneau, *Comm. jur. civ.* V. 6-13. — Cujacio, *Recit. ad Dig. et Cod. h. t.* nelle sue *Opere*, t. VIII, IX. — Franc. Ramos del Manzano, *Ad tit. Dig. de acq. poss.* in Meerman *Thes.* t. VII. — Jos. Fernandez de Retes, *Ad eumd. tit. Dig.* Ibid. — Pothier, *Trattato del possesso e della prescrizione.* Parigi ed Orleans 1772, 1807; Brusselles, 1829-34. — Westphal, *Sistema del dritto romano sulle specie delle cose, sul possesso ec.* Lipsia 1788. — Cuperus, *Obs. selectæ de natura possessionis.* Lugd. — Bat. 1789; cum animadv. Thibaut, Jenæ, 1804. — Thibaut, *Del possesso e della prescrizione.* Iena, 1802. — Lange, *Diss. fil. giurid. sulla natura del possesso.* Erlangen, 1813, 1818. Hufeland, *Novella sposizion della teoria del possesso.* Giessen, 1816. — L'opera più ragguardevole su questa parte, è: Savigny, *Trattato del possesso*, Giessen, dal 1803 al 1837 sei edizioni. Più tardi sonosi pubblicati: Warnkœnig, *Analisi del trattato del possesso di Savigny.* Liegi, 1824; 3. ed. 1827. — Zachariæ, *Novella revisione della teoria del possesso in dritto romano, sopra il trattato del possesso di Savigny.* Lipsia, 1824. — L' opera di Savigny è stata pubblicata per intero in francese a Brusselle, 1840 — Schollært, Responsio ad quæstionem: *Quid sit possessio, quotuplex, quomodo acquiratur, retineatur et amittatur*; negli *Annal. Acad. Lovan.* 1820. — Dubus, *De possessione ex jure romano.* Lovanii, 1825. — Lherminier, *De possessione analytica Savignianæ doctrinæ expositio.* Parigi, 1828.

(2) Fr. 1, pr. D. XLI, 2. « Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a pedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit. »

(3) Bisogna nondimeno guardarsi dal confondere il *possesso* con la *proprietà*. Si può avere il possesso giuridico di una cosa senza esserne proprietario, e viceversa si può esser proprietario senza esser possessore. Egli è per ciò, che il fr. 12, § 1, D. XLI, 2, dice: « Nihil commune habet proprietas cum possessione. » — fr. 52, pr. ibid. « Nec possessio

sicchè, quando la intenzione del detentor di una cosa è di possederla siccome *cosa altrui*, e di solo esercitare i dritti di proprietà *di altrui*, il roman dritto dice: *non possidet*, vale a dire che non ha il possesso giuridico: overamente: *alieno nomine possidet*, egli possiede per altrui. Pertanto, il commodatario, il depositario e l'affittaiuolo non altro hanno che la detenzione (1).

§. 242. 3. *Degli effetti del possesso giuridico.*

Il possesso giuridico dà al godente un dritto di invocar gli interdetti, e per la via della usucapione conduce alla proprietà (2).

1. *Il dritto d' invocar gli interdetti* suppone la esistenza di un possesso giuridico, quali che sieno d' altronde le altre qualità di cotale possesso. Chi dunque ingiustamente possiede può, in regola generale, addomandar l'aiuto degli interdetti, se altri violentemente il disturbi nel suo possedere (3).

2. *La usucapione* presuppone egualmente un possesso giuridico, ma questa condizione per se sola non basta: uopo è sopra questo, che il possedimento sia principiato di una maniera giusta e leale (*bona fide*), e che l'obbietto della usucapione sia tal cosa che la comporti.

§. 243. 4. *Delle specie del possesso giuridico.*

Adunque il possesso giuridico è di due specie: *possessio ad usucapionem*, e *possessio ad interdicta* (4).

Queste due specie, nelle quali dividesi il possesso giuridico, sono tra loro nel rapporto seguente: il possesso *ad usucapionem* è destinato a produrre alcuni effetti di più che il possesso *ad interdicta*, il quale è sempre contenuto nel primo (5), mentre che il medesimo non è viceversa. Sicchè, il possedente *ad usucapionem* può altresì aiutarsi degli interdetti, salvo però che questo ultimo dritto per un motivo affatto particolare non appartenga ad un'altra persona; qual è, per uno esempio, il caso del creditore sopra pegno. A tal differenza tra le dette due sorte di possesso giuridico riferisconsi appunto le particolari espressioni usate da' giureconsulti romani per indicare i legali rapporti di cosiffatto possesso con la usucapione e gl' interdetti:

1. Il solo possesso *ad usucapionem* si chiama *possesso civile* (*possessio civilis*), e di colui, il cui possesso riunisce le qualità richieste alla usucapione, si dice: *civiliter*, *jure civili possidet* (6). Ogni altro possesso non congiugnente le dette qualità, epperò la semplice detenzione così come il possesso acconcio agli interdetti, si nomina naturale (*possessio naturalis*) per opposto al civile.

2. Il possesso *ad interdicta* riceve, appresso i romani giureconsulti, semplicemente la qualificazione di *possessio*, allorchè questo vocabolo è usato

et proprietas misceri debent. » — fr. 17, § 1, ibid. — Sulla idea dell'*animus possidendi*, *V.* Savigny, § 9, 23-25.

(1) Fr. 13, pr.; 30, § 6, D. XLI, 2. — Cpr. fr. 9, D. VI, 1.

(2) Queste conseguenze discendenti dal verace possesso, son quelle che si chiamano *jus possessionis*, ovvero *i dritti del possesso*. Savigny, § 2-5. L'espressione *jus possessionis* si trova nel fr. 44, pr. D. XLI, 2. — fr 2, § 38, D. XLIII, 8. — fr. 5, § 1, D. XLVIII, 6. — Const. 5, C. VII, 16. — Il *jus possidendi*, dritto di possedere, è essenzialmente differente, non essendo altro che la conseguenza dell'anzidetto; il perchè noi non ce ne occuperemo in questo luogo, dove ci proponiamo di guardare il possesso come un fatto particolare, stante per se medesimo, e come una sorgente di dritti.

(3) Fr. 1, § 9; fr. 2, D. XLIII, 17.

(4) Savigny, § 7 e 10.

(5) Fr. 16, D. XLI, 3.

(6) *V.* i fr. 3; § 5, D. X, 4 — Cpr. fr. 16, D. XLI, 3. — fr. 26, pr. D. XXIV, 1. — fr. 1, § 4, D. XLI, 2. — fr. 1, § 9, 10, D. XLIII, 16.

nel senso suo tecnico, cioè a dire per designare un possesso propriamente detto; e lo stesso è del semplice verbo *possidere*. Ogni altro possesso non avente per sè neppur gli interdetti, per conseguenza la semplice detenzione, chiamasi di nuovo *possesso naturale* (*possessio naturalis*) (1) (2). La semplice detenzione è similmente designata co' verbi *tenere*, *corporaliter possidere*, *esse in possessione* (3) (4).

§. 244. 5. *Altre divisioni del possesso in generale.* a. *Possesso giusto, ovvero ingiusto.*

Rapporto alla causa (*causa*, *titulus possessionis*) per la qual si possiede o semplicemente ditiensi una cosa, il possesso è *possessio justa* ovvero *injusta* (5). *Possessio justa* si è ogni possesso acquistato di una maniera conforme al diritto, e la cui causa è autorizzata dalle leggi, poco importando del resto ch'egli sia un verace possesso, overamente una semplice detenzione: nel caso contrario, la possessione è *injusta*. Tra le cause vizianti il possesso (*vitia possessionis*) bisogna soprattutto notare le tre seguenti; quando il possesso comincia o per forza (*vi*), o di nascosto (*clam*), o precariamente (6) (*precario*) (7).

La causa per cui si possiede ha dato luogo ad una regola notabilissima: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Da principio questa regola si applicava soltanto all'antica *usucapio pro herede*: infatti, non era lecito a chi avea cominciato a possedere per una determinata causa, di mutare con solo volerlo un tale possesso in una *possessio pro herede* (8). Ma pare che in processo di tempo siffatta regola avesse appo i romani mutato significazione, e si fosse applicata non solamente al caso in cui il semplice detentore di un'altrui cosa non potea, col suo solo volere, mular cotale detenzione in possesso giuridico (9), ma eziandio al caso in cui il possessore *ad interdicta*, ma non già *ad usucapionem*, similmente non potea con la sola sua volontà cangiare il possesso propriamente detto in possesso civile (10).

§. 245. b. *Possesso di buona o mala fede.*

Un'altra division del possesso è quella in *possessio bonae fidei* e *possessio*

(1) Dice *di nuovo*, perchè già un'altra volta s'è data la qualificazione di *naturale* al possesso, nel num. 1 di questo § medesimo, ma in altro sentimento, cioè quando lo si oppone al possesso civile. (*Trad.*)

(2) Vi sono autori, i quali discordano da questa opinione sulla *possessio civilis*. *V.* Savigny, § 10.

(3) Giambattista Vico, nelle annotazioni al principio di Tacito, pone che tre specie di possedere facevano i giureconsulti, *habere*, *tenere*, *possidere*, e che la prima era la più debole di tutte, cioè appunto quella qui ricordata dal nostro autore: onde conseguirebbe che *tenere* fosse più propriamente detto della possessione *ad interdicta*, e *possidere* di quella *ad usucapionem*. (*Trad.*)

(4) § 5, J. IV, 15. — fr. 9, D. VI, 1. — fr. 7, pr. D. XXXIX, 2. — fr. 3, § 3; fr. 10, § 1; fr. 24; fr. 49, § 1. D. XLI, 2. — fr. 1, § 23, D. XLIII, 16. — fr. 3, § 8, D. XLIII, 17. — fr. 7, D. XLIII, 26.

(5) Savigny, § 8.

(6) Si sarebbe potuto con poca fatica creare un più italiano vocabolo, e che più chiaramente significasse la propria origine del latino, la qual è questa: « Habere *precario* videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, *quod preces adhibuit*, et impetravit ut sibi possidere aut uti liceat: » fr. 2, § 3, D. *de precar.*; o se non altro, scriver col *g*, conforme al radicale *pregare* degli italiani: ma devesi rispettar l'autorità dell'uso. (*Trad.*)

(7) Fr. 1, § 9; fr. 2, D. XLIII, 17.

(8) Caio, II, 52-58, cpr. col fr. 33, § 1, D. XLI, 3. — fr. 2, § 1, D. XLI, 5. — Const. 2, C. VII, 29. — Savigny, p. 72.

(9) Fr. 3, § 18-20, D. XLI, 2. — fr. 6, § 3, D. XLII, 26.

(10) Fr. 1, § 2, D. XLI, 6.

malae fidei. Possessor di buona fede è chi ha motivi plausibili di credere che nessuno abbia più dritto di lui al possedimento della cosa (1). Di mala fede è quel possessore, il qual sa di non aver dritto alcuno di possedere (2).

§. 246. *Della natura del possesso giuridico.* a. *Del suo obbietto e subbietto.*

Dalla nozione per noi data (§ 241) del possesso giuridico, discende che talune cose non possono diventar l'obbietto di cosiffatto possesso, e che talune persone nol possono acquistare (3).

1. Le cose le quali noi sappiamo non poter entrare nella nostra proprietà, non comportano il possesso giuridico di alcuno: dal qual principio risulta che il possesso delle cose poste fuori del commercio non è punto possibile (4).

2. Chiunque non è capace di proprietà, è similmente incapace di acquistare il possesso giuridico, e chi non acquista mai che per altrui, non acquista altresì il possesso se non per colui alla potestà del quale è sottoposto. Pertanto, lo schiavo ed il figliuol di famiglia posseggono pel padrone e pel padre (5).

§. 247. b. *Del composesso.*

Ogni possesso è, secondo la sua nozione, *esclusivo*; cioè a dire che quello che uno possiede, non può nel tempo medesimo esser posseduto per altri. Non può dunque una sola e medesima cosa trovarsi ad un tempo nel possesso di più persone, per modo che ciascuna la possegga *in intiero* (6). Ma più persone possono avere il possesso comune della stessa cosa, per *porzioni moralmente determinate*: il qual possesso denotavasi appo i romani con le parole: *plures rem pro indiviso s. pro partibus indivisis possident*; ed ha da' moderni ricevuto il nome di *compossessio* (7). Nulla parimente non impedisce che più persone posseggano la medesima cosa per differenti rispetti e con effetti diversi: siccome appunto incontra nel caso del debitore e del creditore con pegno, de' quali il primo ha il possesso civile della cosa data in pegno (*possidet ad usucapionem*), mentrechè il secondo ha il possesso propriamente detto (*possidet ad interdicta*) (8).

§. 248. c. *Del quasi possesso di un dritto.*

Propriamente parlando, le sole cose *corporali* possono diventar l'obbiet-

(1) Fr. 109, D. L. 16—Cpr. fr. 27, D. XVIII, 1.—fr. 32, § 1, D. XLI, 3.

(2) § 35, J. II, 1.—fr. 38, D. XLI, 3—Savigny, § 8.

(3) Savigny, § 9.

(4) Fr. 30, § 1, D. XLI, 2.—Questo è perchè un uomo, il qual si sapeva esser libero, non poteva esser posseduto: fr. 23, § 2; fr. 1, § 6, ibid.—Il medesimo è pure di qualunque cosa, la qual non si possa in se stessa considerar come corporale.

(5) § 4, J. II. 9.—fr. 24, D. XLI, 2. Quanto è a' peculii, nulla impedisce che il figliuol di famiglia posseda per sè medesimo: fr. 49, § 1, D. XLI, 2.—fr. 4, § 1, D. XLI, 3.

(6) Fr. 3, § 5, D. XLI, 2: « Plures eamdem rem *in solidum* possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. »—fr. 15, § 15, D. XII, 6.—fr. 19, pr. D. XLIII, 26.—Savigny, § 11.

(7) Fr. 5, D. XLV, 3.—fr. 25, § 1, D. L, 16.—fr. 8, D. VI, 1.—In tal caso, nessun possiede la cosa in tutto, ma ciascuno la sola sua parte, senz'aver che fare con la altrui.—Cpr. altresì: fr. 3, § 2, D. XLI, 2.—fr. 32, § 2, D. XLI, 3.

(8) Fr. 16, D. XLI, 3.

to di un possesso, perciocchè di esse soltanto la detenzione si capisce (1). Ma il possesso giuridico di una cosa corporale non altro essendo in realtà, che uno esercizio di fatto della proprietà, si comprende esservi alcun che di somigliante al possesso in quanto alle servitù, considerate come dritti particolari smembrati dalla proprietà e concedRti ad un altro che al proprietario, il primo de' quali ne piglia l'esercizio con la intenzione di volere esercitare un dritto appartenente al secondo. Questo esercizio di fatto di una servitù, combinato con la detta intenzione, chiamasi in romano dritto: *juris quasi possessio* (2); la qual è con gli interdetti e la usucapione in quel rapporto medesimo che il possesso delle cose corporali.

§. 249. d. *Del finto possesso.*

Accade alcuna volta, che tale sia risguardato e trattato come verace posseditor di una cosa, il quale in realtà punto nol sia. Questa specie di possesso, nominata oggidì *ficta possessio*, ha luogo in due casi:

1. Quando uno ha lasciato ovvero negletto di acquistare una cosa, con la fraudolenta intenzione di vieppiù difficultare ad un altro il proseguimento de' dritti sopr'essa pretesi (*qui dolo possidere desiit*, *s. dolo possessionem noluit admittere*) (3).

2. Quando alcuno *liti se obtulit*, vale a dir che colui contro il quale un'azione è intentata per tal cosa, ond'egli non ha il vero possesso nè pur la detenzione, si appresenta come s'egli fosse verace possessore (4) (5).

§. 250. II. *Dell' acquisizione del possesso.*
1. *Condizioni generali.*

Due cose sono sempre richieste perchè altri acquisti il possesso giuridico:

1. Il *prendimento della cosa*, cioè un fatto materiale (*corpus*) con cui chi vuole acquistare il possesso è pervenuto a disporro della cosa con esclusiono di qualunque altro.

2. La sola presa non basta, richiedendosi ch'ella sia accompagnata dalla intenzione (*animus*) di voler disporre della cosa come di *sua* proprietà. Dal momento che questo due condizioni, il prendimento e la intenzione, si trovan riunite, il possesso è acquistato: di per sè sole, nessuna delle due è bastante (6).

§. 251. a. *Del prendimento* (corpus).

La presa non consiste precisamente nello effettivo e fisico afferramento del-

(1) Fr. 3, pr. D. XLI, 2.—fr. 4, § 27, D. XLI, 3.—Savigny, § 12.

(2) Fr. 3, § 17, D. XLIII, 16.—fr. 23, § 2, D. IV, 6.—fr. 10, pr. D. VIII, 5.

(3) Fr. 25, § 8, D. V. 3. Da principio siffatto diritto non avea luogo, secondo un Scto *Juventianum* se non nella petizione di eredità. — fr. 20, § 6; fr 25, § 2, 3, D. V, 3. Più tardi fu esteso a tutte le azioni *in rem*: fr. 27, § 8, D. VI, 1.—fr. 131, 150, 157, § 1, D. L. 17— Intorno alle conseguenze, *v.* fr. 25, § 8—10; fr. 45, D. V. 3.— fr. 68, 71, D. VI, 1.—fr. 16, § 3, D. XX, 1.

(4) Fr. 25, 26, 27, pr. D. VI, 1.—Circa le conseguenze: fr. 13, § 13, D. V, 3. fr. 5, pr. § 3, D. XII, 3.—fr. 7, D. VI, 1.—fr. 95, § 9, D. XLVI, 3.— Const. 2, C. III, 19.

(5) In ambidue quali casi, chi non possedea era dalla legge contato per posseditore verace, e soggiaceva alle conseguenze, in pena della sua fraude. Ma se, nel secondo caso, l'attore sapeva che lo avversario non era il vero possessore, questi rimaneva assoluto, *quia tunc actor non ab alio, sed a se dicipitur*: fr. 26, D. VI, 1. (*Trad.*)

(6) Fr. 3, § 1, D. XLI, 2: « Adipiscimur possessionem *corpore et animo, nec per se animo, aut per se corpore.* »—fr. 3, § 3; fr. 8, D. ibid. —fr. 153, D. L,

la cosa, ma piuttosto in un qualunque fatto materiale, il qual dia all' acquistante la facoltà fisica di disporre della cosa a sua posta, e in ogni tempo (1).

A. La presa di un bene *immobile* succede quando chi vuole acquistarne il possesso si reca in sul fondo o solamente sopra una parte del medesimo, ovvero quando trovandosi egli vicino del fondo o a vista di quello, il possessore attuale glielo dimostri, con animo di metternelo in possesso (2).

B. La presa di un ben *mobile* è fatta:

1. Se il possessor tiene la cosa nelle sue mani (3).
2. S' ella dà nelle sue trappole o reti (4).
3. S' egli prende la cosa in sua custodia (5).
4. Se, di ordine suo, ella è rimessa ad un altro (6).
5. S' ella è trasportata in sua casa (7).
6. Se gli son consegnate le chiavi vicin del luogo in cui sta la cosa (8).
7. Finalmente, s' egli pone suo marchio sopra una cosa, e che questa non è più nel possesso di un altro (9).

Noi non abbiamo per anco il possesso dell' animale che perseguitiamo, quando bene egli fosse mortalmente ferito (10), nè del salvaggiume errante ne' nostri parchi, nè de' pesci nuotanti ne' nostri stagni (11); nè similmente possediamo Il tesoro non ancora da noi trovato (12), sebbene egli sia nascosto in un fondo per noi posseduto.

§. 252. b. *Della intenzione* (animus).

Il prendimento non costituisce per sè medesimo, se non la detenzione della cosa: ma un' altra condizione si ricerca per lo acquisto del possesso giuridico.

A. Bisogna che la presa sia stata fatta *animo rem sibi habendi s. possidendi* (§ 250). Cotale intenzion di possedere consiste, per regola generale, nella volontà di disporre della cosa come di sua propria (13). Pertanto, chi non può aver volontà, non può acquistare il possesso giuridico.

Sono dunque incapaci:

1. Le persone morali (14).
2. I bambini (*infantes*) i quali non possono acquistar possesso senza l' au-

17. — Savigny, § 13. — Despot, *Diss. de acq. vel amitt. possessione.* Lovan. 1827.

(1) Savigny, § 14-17.

(2) Fr. 3, § 1; fr. 18, § 2, D. XLI, 2. Nondimeno il semplice fatto del prendimento non basta per acquistare il possesso di una cosa immobile, *la quale un altro ha posseduta per innanzi*; abbisognando inoltre, che costui abbia avuto conoscenza del prendimento, e che allora egli ceda il possesso *(si vacuam tradit possessionem;* fr. 18, § 2, citato*)*, o che sia scacciato per forza dal prenditore *(si dejicitur aut repellitur)*; fr. 25, § 2; fr. 46, D. XLI, 2. — Savigny, §§ 15, 31.

(3) Fr. 1, § 1, D. ibid.

(4) Fr. 55, D. XLI, 1.

(5) Fr. 51, D. XLI, 2.

(6) Fr. 1, § 21, ibid. — fr. 79, D. XLVI, 3.

(7) Fr. 18, § 2, D. XLI, 2.

(8) § 45, J. II, 1. — fr. 74, D. XVIII, 1.

(9) Fr. 14, § 1, D. XVIII, 6. — fr. 1, § 2, ibid.

(10) § 13, J. II, 1: « Multa enim accidere possunt, ut eam non capias. » — fr 5, § 1, D. XLI, 1.

(11) Fr. 3, § 14, 15, D. XLI, 2.

(12) Fr. 3, § 3, ibid. — fr. 15, D. X, 4.

(13) Savigny, § 20, 21. — Questa regola soggiace ad eccezione ne' casi in cui la intenzion del possessore è solamente di esser protetto nel suo possesso dagli interdetti *(jus ad interdicta)*, come nel caso del creditor sopra pegno e dell' enfiteuta: fr. 16, D. XLI, 3. — fr. 35, § 1; fr. 37, D. XIII, 7. — fr. 25, § 1, D. XXII, 1: ch'è quello che oggidì si nomina *possesso derivato.* — *V.* Savigny, § 23-25.

(14) Fr. 1, § 15, D. XLVII, 4: — « possessionem *hereditas* non habet. » — fr. 1, § 22, D. XLI, 2. — Ma esse possono acquistare per mezzo di terzi: fr. 2, ibid.

torizzazion del tutore (1). Ma i minori usciti dell' infanzia possono acquistare il possesso, senza la detta autorizzazione (2).

3. I furiosi e i mentecatti (3).

B. Colui che, capace di avere una volontà, ha di già la detenzion di una cosa, e che pertanto non ha più bisogno di un nuovo prendimento, cangia questa semplice detenzione in possesso giuridico dal momento che la intenzione di disporre della cosa da padrone *(animus possidendi)* si aggiunge alla detenzione. I Romani dicono questa maniera di acquistare il possesso: ***solo animo possidere***; e può essa, quando la si eserciti sopra l'altrui cosa, essere o giusta e legittima, ovvero ingiusta. È legittima quando una giusta causa *(justa causa)* fa la intenzion di possedere *(animus possidendi)* legalmente valida; per esempio, allor che il locatore vende la cosa al conduttore, o ch' ei gliene fa donazione (4): ch' è appunto ciò che i moderni chiamano ***traditio brevi manu.*** Essa è per contrario ingiusta, quando non vi è alcuna giusta causa; per esempio, se il depositario sottragga la cosa depositata (5).

§. 233. 2. *Dell' acquisizion del possesso per mezzo di un terzo.*

Si può acquistare il possesso di una cosa non solamente di per sè medesimo, ma eziandio *per mezzo di un terzo* (6).

In questo secondo caso, tre condizioni si ricercano:

1. Nella persona per cui mezzo vuolsi acquistare il possesso, il fatto del prendimento, e con questo fatto la intenzion di acquistare non per se medesimo, ma per un altro *(animo non sibi, sed alteri possidendi)* (7).

2. Nella persona dell' acquistante, la volontà di possedere: onde ch' ella non acquista il possesso, se ignora il fatto del prendimento, vale a dire s' ella non ne ha punto dato l' ordine, o non lo ha ratificato *(ignoranti possessio non acquiritur)* (8). Ma dall' istante che un terzo, di nostro ordine, ha posto mano ad una cosa, noi cominciamo a possedere, tuttochè nessuna conoscenza abbiamo del fatto: soltanto la usucapione non comincia a correre se non dal momento che ci è stata nota la presa (9).

3. La esistenza di un legale rapporto tra colui che vuole acquistare per mezzo di un terzo e costui: il qual rapporto può essere una potestà legale, ovvero, secondo il nuovo diritto, una procura. Nel primo caso, il terzo prende possesso in forza di un ordine *(jussus)*, come lo schiavo, il figliuol di famiglia (10); nel secondo, in forza di un mandato *(mandatum)* (11).

(1) Fr. 32, § 2, D. XLI, 2. — Const. 3, C. VII, 32. — Sopra questi due luoghi, v. Savigny, p. 193-200.

(2) Fr. 32, pr. § 2, D. XLI, 2. — fr. 1, § 3, D. ibid. Le parole: *si ejus ætatis sint, ut intellectum capiant*, vagliano altrettanto che: *si infantia majores sint.*

(3) Fr. 1, § 3; fr. 18, § 1, D. XLI, 2.

(4) Fr. 9, § 5, D. XLI, 1. — § 44, J. II, 1. — fr. 9, § 9, D. XII, 1. — fr. 3, § 3. D. XLI, 2. — Savigny, § 19.

(5) Fr. 3, § 18-20, D. XLI, 2. — fr. 6, § 3, D. XLIII, 6. — Cpr. più sopra, il § 244.

(6) Paolo, *Rec. sent.* V, 2, § 1. — fr. 2, D. XLI, 2. Savigny, § 26.

(7) Fr. 1, § 19, D. XLI, 2. Non si può acquistar possesso alcuno per mezzo di colui ch'è incapace di volontà. — fr. 1, § 9, D. ibid.

(8) Fr. 42, § 1; fr. 1, § 5, 22; fr. 2; fr. 4; fr. 3, § 12, D. XLI, 2. — fr. 31, § 3; D. XLI, 3. — fr. 13, § 1, D. XLI, 1.

(9) Fr. 49, § 2, D. XLI, 2. — fr. 47, D. XLI, 3. — Const. 1, C. VII, 32.

(10) Fr. 1, § 5, 6, 8; fr. 49, pr. D. XLI, 2. — fr. 21, pr. D. XLI, 1.

(11) Paolo, *loc. cit.* § 2. — § 5, J. II, 9. fr. 2, D. XLI, 2. — fr. 2, § 2; fr. 53, D. XLI, 1. — fr. 41, D. XLI, 3. — Const. 1, C. IV, 27.

§. 254. 3. *Dell' acquisizione del quasi possesso di un dritto.*

La detenzion della cosa e la intenzione di possederla a titolo di proprietario sono egualmente richieste all' acquisto di una *juris quasi possessio* (§ 248) (1).

Il rapporto corporale bassi qui per lo fatto della esercitata servitù; la intenzione consiste in ciò che si eserciti *siccome un dritto* il fatto costituente l' obbietto della servitù (2).

1. Se lo acquisto di un quasi possesso succede per un sol lato, cioè a dire che la servitù è esercitata senz' alcuna precedente convenzione, uopo è distinguere tra le servitù *affermative* e le *negative:* nel caso delle prime, chi pretende esercitare una servitù, debbe eseguire il fatto positivo che ne fa l' obbietto, almeno una volta ed a titolo di dritto, *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* (3); nel secondo caso, per opposto, è mestieri che colui del quale si restrigne la proprietà, abbia voluto far degli atti contraffacenti al diritto dell' altro, che questi siasi opposto, e che tale opposizione abbia fatto cessare quegli atti (4).

2. Ma se la servitù in quistione sia stata conceduta per convenzione, il possesso n' è acquistato nelle servitù negative per lo convegno medesimo, e nelle affermative per la quasi tradizione. La quale, quando il dominante può esigere il possesso della cosa servente, si fa con la tradizione della cosa medesima (5), e quando egli non può esigere il possesso della cosa, s' intende avvenuta per lo esercizio della servitù fatto con saputa del proprietario (6).

§. 255. *Della continuazion del possesso.*

Senza l' aiuto de' principj seguenti, più difficile sarebbe il continuar nel possesso, che non l' acquistarlo.

1. La continuazion del possesso (*continua possessio*) non ristà, se non per un fatto proprio del posseditore. Egli non perde il possesso nè di pieno dritto, nè pel tralasciato esercizio del suo poter sulla cosa; fuor solamente il caso della *juris quasi possessio*, quando il non usare distrugge il dritto medesimo, perciocchè allora il possesso non ha più obbietto.

2. Devesi ammettere la continuazion della detenzione, rispetto a cose immobili, per infino a quando il possessore attuale abbia avuto notizia dello interrompimento (*solo animo retinere*) (7).

3. Un conoscimento costante, il qual non altro sarebbe che una rinnovanza della intenzione, non è di mestieri; in conseguenza, una persona uscita di senno continua a possedere (8).

4. Per una conseguenza più oltre, la natura del possesso non si muta se dopo dell' acquisto di esso, la buona fede va via (9).

5. Noi possiamo continuare il possesso per mezzo di un terzo così facilmente, ed anche più, che noi conserviamo per suo mezzo i nostri diritti (10).

(1) Savigny, § 44-47.

(2) Fr. 25, D. VIII, 6. — fr. 7, D. XLIII, 19.

(3) Fr. 10, pr. D. VIII, 5 — fr. 20, D. VIII, 1.

(4) Fr. 6, § 1, D. VIII, 5. — fr. 1, § 2, D. VIII, 3.

(5) Per esempio, nel caso dell'usufrutto: fr. 3, pr. D. VII, 1.

(6) Fr. 20, D. VIII, 1. — fr. 11, § 1, D. VI, 2. — fr. 6, § 1; fr. 16, D. VIII, 5. — fr. 1, § 2, D. VIII, 3. — « Ut hic scientia et patientia domini loco tituli aut boni initii et traditionis sint possidenti. » Vinnio, *Comm.* 2, 3, § 4. (*Trad.*)

(7) Const. 4, C. VII, 32.

(8) Fr. 29, D. XLI, 2.

(9) *V.* appresso, § 291. Noi siamo d'avviso che non mai presso i Romani la buona fede abbia dovuto esser continua.

(10) Savigny, § 33.

Non possono mai questi principj perdersi di vista nella teoria della perdita del possesso.

§. 256. III. *Della perdita del possesso.*
1. *Regola generale.*

Il possesso acquistato continua finattantochè il fatto e la intenzione ci sono (1); ma mancati questi due requisiti, o anche un solo di essi, si vien manco il possesso (2). Ed a quel modo che l'acquisto del possesso richiede un determinato fatto corporale ed un altro intellettuale, così pure alla perdita del possesso è bisogno di un determinato fatto in contrario (*contrarium actum*); ma basta ch'ei sia contrario ad una sola delle due condizioni dello acquisto e durazion del possesso, al prendimento così come alla intenzione. In altri termini, l'atto contrario non è di necessità, se non contro all'uno o all'altro de' due elementi constitutivi del possesso (3).

§. 257. 2. *Applicazione di questa regola.*
a. *Della perdita del possesso per lo fatto.*

Il materiale prendimento della cosa, ch'è il primo requisito del possesso, non consiste già, quando si tratti del continuare a possedere, in un fisico potere immediato sopra la cosa, ma piuttosto nella possibilità di disporne in ogni tempo a nostro talento (4). Onde consegue che non si perde l'acquistato possesso per la sola lontananza della cosa (5), e che puossi egualmente esercitar la detenzione per mezzo di un terzo (6). Non si resta di possedere, se non dall'istante in cui, mercè di un fatto qualunque, la possibilità di materialmente disporre della cosa è ita (*si in contrarium actum est*). Pertanto:

1. Il possesso delle cose mobili si perde, quando un altro se ne impadronisce in modo violento o clandestino (7); quando taluna n'è da noi perduta (8); quando gli animali domestici si sperdono, ovvero i salvatici scappano via, oppure gli addimesticati perdono l'usanza di ritornar presso noi (9).

2. Il possesso delle cose immobili si perde, quando per uno evento della natura il possessore non può più esercitare il suo potere in sulla cosa (10), ovveramente per un atto di violenza di un altro egli è scacciato del fondo (*si dejicitur*). Ma il possedimento non è mica perduto perciò solamente che altri s'impossessi del fondo in nostra assenza e senzachè noi abbiamo avuto conoscenza della occupazione: allora il perdiamo, quando volendo ripigliare il possesso, ci è stata opposta resistenza (11).

(1) Savigny, § 29, 30.

(2) Fr. 44, § 2; fr. 3, § 6, 13, D. XLI, 2.

(3) Tale è il senso di quel celebre passo due volte riportato nelle Pandette: fr. 8, XLI, 2, e fr. 153, L., 17: « Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem *in contrarium actis* liberamur; cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore, potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque *in contrarium actum.* » Savigny, § 30.

(4) Savigny, § 31.

(5) Paolo, *Sent. rec.* V, 2, 1. — fr. 3, § 7, 13; fr. 44, pr. D. XLI, 2. — fr. 1, § 25, D. XLIII, 16. — I Romani dicono di tale possesso: *solo animo retinere possessionem*: i moderni la chiamano *possessio mentalis*.

(6) Fr. 18, pr. D. XLI, 2: « Nam possidet cujus nomine possidetur. » — Vedi più sopra, il § 241.

(7) Fr. 15, D. XLI, 2.

(8) Fr. 25, pr. ibid.

(9) Fr. 3, § 13-16, D. ibid.

(10) Fr. 3, § 17; fr. 30, § 3, ibid.

(11) Fr. 25, § 2; fr. 46, ibid. — Vedi più sopra, nelle note al § 251.

§. 258. b. *Della perdita del possesso per la intenzione.*

Rispetto al secondo requisito del possesso, ch'è la intenzione, non è necessario che questa sussista in ciascheduno instante della durata del possedimento, il qual si perde solamente dal momento che il possessore ha presa la risoluzione di non più possedere la cosa *(si in contrarium actum est*, ovvero *amittitur possessio animo in contrarium acto)* (1). Cotale intenzione di non più possedere può essere espressa o tacita; nel secondo de'quali casi la rinuncia al possesso chiamasi *derelictio* (2). Chi generalmente non ha volontà, non può perdere il possesso per la intenzione (3).

§. 259. c. *Della perdita del possesso per lo fatto e la intenzione.*

Perdesi il possesso per lo fatto e la intenzione ad un tempo, quando il posseditore rimette la cosa ad un altro perch'egli la possegga siccome sua propria *(si vacuam tradit possessionem)* (4). Una convenzione, per la quale colui che finora possedeva per se medesimo, non continuà a posseder la cosa dismessa se non a nome e come rappresentante di un altro, è un atto nominato appresso i moderni *constitutum possessorium*; per cagion di esempio, quando nella vendita si conviene che il proprietario venditore conserverà il possesso della cosa come pigionale o fittaiuolo (5).

§. 260. 3. *Della perdita del possesso per mezzo di terzi.*

Siccome noi possiamo acquistare il possesso per mezzo di terzi, così pure possono questi continuarlo e perderlo per noi (6), con le distinzioni che seguono:

1. Noi possiamo perdere il possesso a profitto del terzo medesimo. Ma il semplice mutamento di volontà del detentore non basta a fargli acquistare il possesso; abbisognando oltre a ciò, che tale risoluzione sia stata manifestata con un fatto fisico, il quale rispetto alle cose mobili consiste nella sottrazion fraudolenta della cosa *(furtum, contrectatio)* (7), e rispetto alle immobili, nella espulsione del possessore attuale (8).

2. Perdiamo il possesso per mezzo del terzo ditenente per noi, quante volte si lo avremmo perduto se avessimo per noi stessi posseduto. Pertanto, risguardo a cose mobili, noi perdiamo il possesso allor che il detentore perde la cosa, o ch'essa gli è rapita (9), oppur ch'egli ne fa la tradizione ad un altro (10): risguardo alle cose immobili, allor ch'egli n'è spodestato per forza, nel qual caso perdiamo noi medesimi il possesso nello stante della espulsione (11); ma quando, sia che per negligenza *(desidia)*, sia che per malizia *(dolo)*, il detentore acconsente egli che un altro s'insignorisca della cosa, il possesso non è per noi perduto se non dal momen-

(1) Fr. 3, § 6; fr. 17, § 1; fr. 30, § 4, D. XLI, 2. — Savigny § 32.
(2) Fr. 37, § 1, D. XLI, 3.
(3) Fr. 27, 29, D. XLI, 2.
(4) Fr. 33; fr. 18, § 2, ibid.
(5) Fr. 18, pr. D. ibid. — Per es: fr. 77, D. VI, 1. — Const. 28, C. VIII, 54 — Savigny, § 27.
(6) Savigny, § 33.
(7) Fr. 3, § 18, D. XLI, 2 — Cpr. fr. 1, § 2; fr. 67, pr. D. XLVII, 2. — Havvi eccezione allor quando il terzo dententore, il qual vuole appropriarsi il possesso, sia sotto la potestà del possessore: fr. 13, D. XLI, 2.
(8) Pe'fr. 25, § 2; fr. 46, D. ibid. — fr. 12; fr. 18, pr. D, XLIII, 16.
(9) Fr. 25, pr.; fr. 15; fr. 3, § 13-16, D. XLI, 2.
(10) Fr. 33, § 4, D. XLI, 3.
(11) Fr. 1, § 22, D. XLIII, 16.

to che, potendo far valer nostra ragione, siamo noi stessi resp inti dall'occupatore, ovvero non abbiamo provato di sturbarlo nel suo godim ento (1).

3. Per contrario, noi non perdiamo il possesso per mezzo di un terzo ditenente per noi, quando egli ne trasferisce la detenzione ad un altro (2), quando egli esce di vita oppur di senno (3), e quando egli abbandona la cosa, senza che un altro la si approprii (4).

4. Per la stessa ragione, noi non perdiamo il possesso, contuttochè espulsi, purchè il terzo possedente per noi si mantenga nella detenzion della cosa (5).

§. 261. *Della perdita del quasi possesso di un dritto.*

Noi perdiamo la *juris quasi possessio* per effetto della impossibilità nella qual ci troviamo di rinnovare, quando ben ci paia, l'esercizio volontario della servitù; ovvero con rinunziare alla intenzione di esercitare il nostro diritto (6). Posta la qual regola, leggier cosa è l'applicarla alle differenti sorte di servitù. Del rimanente, la teoria del possesso delle servitù e le sue applicazioni possono più facilmente essere sviluppate allora quando noi tratterem di proposito delle servitù (§§ 325 e 328).

TITOLO II.

DEGLI INTERDETTI E DELLA DINUNZIA DI NUOVA OPERA.

§. 262. I. *Nozione degli interdetti.*

Gli *interdetti* appo i Romani erano delle ordinanze del Pretore, con le quali in taluni casi particolari e determinati dallo Editto, egli stesso prescriveva ciò che fare o tralasciar si dovesse. La dimanda diretta al pretore perch'egli desse fuori una siffatta ordinanza, chiamavasi parimente *interdictum* (7). Eravi tra gli interdetti e le azioni propriamente dette una notabil differenza; perciocchè in queste il pretore non procedeva nè decidea sul richiamo a lui sottomesso, ma deputava un giudice ovver giurato per esaminare ed instruir l'affare *(judicem dabat)*; dovechè trattandosi d'interdetti, egli pronunziava immediatamente sul solo richiamo dell'attore e senz'altra nominazione di giudice *(extra ordinem)* quel comandamento oppur divieto ch'egli avea precedentemente pubblicato nello Editto per simigliant casi (8): ch'è quello che ha fatto dire a tal proposito, *praetor principaliter auctoritatem suam*

(1) Const. 12, C. VII, 32. Questa const. non può intendersi di altro che delle cose *immobili*, a cagion del fr. 3, § 8, D. XLI, 2; del fr. 33, § 4, D. XII, 3; e delle parole: *sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus:* ed anche per dovervisi applicare il general principio stabilito ne' fr. 25, § 2; fr. 46, D. XLI, 2: « *donec revertentes non aliquis repellat.* »

(2) Fr. 30, § 6, D. XLI, 2.

(3) Fr. 25, § 1, D. ibid. — fr. 31, § 3, D. XLI. 3.

(4) Fr. 3, § 8; fr. 44, § 2, D. XLI, 2,

(5) Fr. 1, § 45. D. XLIII, 16: « Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto *(unde vi)* experiri; *quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.* »

(6) Fr. 12, § 2, 3, D. VII, 1.

(7) Caio, IV, 138-170. — Inst. IV, 15. — Dig. XLIII. — Cod. Th. IV, 22, 23. — Cod. Just. VIII, 1-9. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 32-38. — Savigny, *Del possesso*, sez. IV.

(8) Il che provano quelle espressioni adoperate negli Editti: *vim fieri veto, exhibeas, restituas.*

finiendis controversiis proponit (1). Soltanto, allorchè il reo negava oppure opponea delle eccezioni, il pretore nominava altresì un giudice, e la contestazione era sottoposta alla procedura ordinaria delle azioni (2). Cotal differenza tra le azioni e gli interdetti dovette dileguare con l'antico *ordo judiciorum privatorum*, e 'l dritto romano moderno tratta gli interdetti onninamente come le azioni (3), salvochè ne' primi si procede sommariamente (4).

§. 263. II. *Divisione degli interdetti.*

Gli interdetti si dividono:

A. In ordine alla loro estensione in generale (5);

1. In *proibitorii* (*prohibitoria*); che sono quelli co' quali il pretore proibisce di fare alcuna cosa (6).

2. In *restitutorii* (*restitutoria*); che sono quelli co' quali il pretore ordina di restituire una cosa oppur di rimetterla nel suo primiero stato (7).

3. In *esibitorii* (*exhibitoria*); che son quelli co' quali il pretore ordina di esibire ovvero appresentare una cosa per alcun posseduta (8).

B. Rapporto al possedimento di una cosa, gli interdetti si dividono (9):

1. In interdetti supponenti per parte dello attore un possesso realmente acquistato, il quale sono essi destinati a conservare, allora ch' egli è stato turbato, ma che non peranco è cessato (*interd. retinendae possessionis*); ovvero tendenti a ricuperare un possesso perduto (*interd. recuperandae possessionis*).

2. In interdetti non supponenti per parte dello attore alcun possesso acquistato, ma proponentisi di fargliene acquistare un novello (*interd. adipiscendae possessionis*) (10).

La espressione *possessio ad interdicta* (§ 242, 243) si riferisce a queste due specie d' interdetti soltanto, e sole esse altresì son da considerarsi come conseguenze legali del possesso; la qual ragione gli ha fatti nominare a preferenza *interdetti possessorii*. In questo titolo, in cui si tratta del guarentimento del possesso *acquistato*, gli interdetti *retinendae* e *recuperandae possessionis* soli hanno lor luogo, dovechè gli interdetti *adipiscendae possessionis* debbono sempre esser mentovati sotto le materie alle quali si riferiscono (11).

(1) Caio, IV, 139. — Savigny, § 34. — Dupont, *Disquis. in Gaji comm. quart.* p. 155.

(2) Caio, IV, 141.

(3) § 8, J. IV, 15. — Rubr. D. XLIII, 1. — Const. 3, 4, C. VIII, 1.

(4) Non pertanto i giureconsulti non si accordano su questo punto. Quelli che si travagliano di giustificar la natura sommaria del procedimento, invocano principalmente la const. 22, Cod. Teod. II, 36: « *interdictum beneficio celeritatis inventum.* » — *V.* altresì Savigny, p. 335.

(5) Caio, IV, 142. — § 1, J. IV, 15.

(6) Esempi: l'interdetto *de mortuo inferendo*, fr. 1, pr. D. XI, 8. — *De sepulcro ædificando*, fr. 2, § 1, D. XLIII, 1. — *De arboribus cædendis*, fr. 1, pr. D. XLIII, 27 — *De glande legenda*, fr. un. D. XLIII, 28. — *De migrando*, fr. 1, D. XLIII, 32.

(7) Esempi: l' interdetto *quod vi aut clam*, D. XLIII, 24; il quale si adopera quando uno ha per forza o alla celata construito ovver mandato a terra tal cosa, che cagioni un pregiudizio ad un altro e l'offenda ne'suoi diritti. Esso serve a rimetter la cosa nell'esser suo primo ed aggiudicare i danni ed interessi: fr. 1, pr. § 1, XLIII, 24.

(8) Esempi: l'interdetto *de liberis exhibendis*, fr. 1, pr. D. XLIII, 30 — *De homine libero exhibendo*, fr. 1, pr. D. XLII, 5. — Oltre a questi interdetti citati a modo di esempli, il dritto romano fa menzione di altri assai. *V.* Dig. XLIII, 6-15.

(9) § 2, J. IV, 15. — fr. 2, § 3, D. XLIII, 1. — Caio, IV, 143 e seg.

(10) § 3, J. VI, 15. — Caio, IV, § 144-147. — Savigny, § 35.

(11) *V.* il § 360: e così in altri.

§. 264. III. *Degli interdetti possessorii in particolare,* A. *Dello interdetto* retinendae possessionis (1). 1. *Condizioni.*

Le condizioni richieste per potere invocar siffatti editti, sono:

1. Che siasi acquistato il possesso giuridico, senz' altrimenti guardare se il posseditore abbia realmente il dritto di possedere, ovvero se il possesso sia stato legalmente acquistato (2).

2. Che il possesso sia stato violentemente turbato (3): dove per violenza s' intende qualunque atto fatto contro la volontà del possessore (4).

3. Che cotali atti di violenza non abbiano fatto cessare il possesso; conciosiachè, quando così fosse, accadrebbe applicare gli interdetti *recuperandae possessionis*.

§. 265. 2. *Delle specie dell' interdetto* retinendae possessionis.

Trovando le condizioni da noi testè determinate, il pretore accorda, se si tratta di mantenere alcuno nel possesso di una cosa immobile, l' interdetto *uti possidetis* (5), e trattandosi di cosa mobile, l'interdetto *utrubi* (6) (7). Chi invoca gl' Interdetti a fin di mantenersi nello esercizio di una servitù personale, può egualmente farsi sostegno di queste due specie dello interdetto *retinendae possessionis* (8). Il medesimo non è delle servitù reali, perciocchè queste hanno particolari interdetti; a modo di esempio l' interdetto *de itinere actuque privato*, *de acqua quotidiana et aestiva*, *de rivis*, *de fonte et cloacis* (9).

L' attore, in cosiffatte specie d' interdetti, è colui il quale al tempo del richiamo è possessore giuridico; il reo, l' autor del turbamento. Il simile non è degli eredi dell' uno e dell' altro, considerati nella qualità loro di eredi.

Cotali interdetti hanno per fine di cessare il disturbamento del possesso, e domandare i danni ed interessi (10): ed ambidue sono *judicia duplicia*,

(1) Savigny, § 37.

(2) Fr. 2, D. XLIII, 17: « Justa enim an injusta *adversus cæteros* possessio sit, in hoc interdicto *(uti possidetis)* nihil refert: qualiscunque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet. » Bisogna notar bene le parole *adversus cæteros*; avvegnachè se il possesso di taluno è ingiusto rincontro al suo disturbatore, per esempio s' egli abbialo acquistato da costui *vi*, *clam*, *precario*, non può egli contro il turbatore aiutarsi di cosiffatti interdetti. Cpr. § 4 in fine, J. IV, 15.— Caio IV, § 148, 150 — fr. 1, § 9; fr. 3, § 10, D. XLIII, 17. — fr. 53, D. XLI, 2.

(3) Fr. 1, pr. D. XLIII, 17. — fr. 1, pr. D. XLIII, 31.

(4) Fr. 1, § 5-7. D. XLIII, 24. — fr. 20. pr. § 1, D. ibid.—fr. 73, § 2, D. L, 17.— Il fr. 3, § 2-4, D. XLIII, 17, ne somministra degli esempii.—fr. 11, D. XLIII, 16.

(5) Così nominato dal suo cominciamento, ch'era appunto: « Uti eas ædes. etc. possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto. » *(Trad.)*

(6) Così designato egualmente dalle sue prime parole; ed il suo tenore era questo: «Utrubi hic homo quo de agitur, majore parti huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto: » cioè che *presso quel de'due* litiganti lo schiavo, e così qualunque altro effetto mobile, fosse stato la maggior parte dell'anno corrente, a quello rimanesse. *(Trad.)*

(7) § 4, J. IV, 15. — Dig. XLIII, 17, 31. — Cod. VIII, 6. — Savigny, § 38-39.

(8) Fr, 4, D. XLIII, 17.

(9) Savigny, § 46. — Thibaut è di altro avviso, cioè che gli interdetti ordinari potessero essere invocati per mantenersi nelle servitù di fondi.

(10) Fr. 3, § 11, D. XLIII, 17. Ma chi vuol far dimanda de' danni ed interessi per disturbo recato al suo possesso, devè invocar l'interdetto nell'anno del turbamento; dopo il qual tempo, l' inter-

vale a dire che lo attore può altresì esser condannato come reo, quando è provato il convenuto esser quello il quale ha dritto alla protezion degli interdetti (1).

§. 266. B. *Degli interdetti* recuperandae possessionis. 1. *Dello interdetto* unde vi (2) (3).

Colui il quale per effetto di violenza ha perduto il possesso di una cosa immobile, può domandare di esservi reintegrato, invocando l' interdetto *unde vi* (4). Il che per poter fare, abbisogna che l'attore abbia il possesso giuridico nell' istante della violenza (5), e ch' egli ne sia stato cacciato appunto da cotal violenza ingiustamente fatta alla sua persona (6). Puossi egualmente invocar questo interdetto per rientrar nello esercizio di una servitù personale competente sopra uno stabile (7), da chi n' è stato violentamente privato; ma esso non si applica alle servitù reali (8).

L' interdetto *unde vi* può essere intentato da colui il quale possedeva per se medesimo, senza distinguere se il suo possedimento era o no giusto; e così parimente dallo erede del possessore (9). È poi diretto contro l' autore immediato oppur mediato della espulsione (10), e contro il suo erede per non più di quanto costui ne avrà guadagnato (11); ma il terzo possessor della cosa non vi è punto sottoposto (12).

Lo scopo dell' interdetto è di far reintegrare l' espulso nella condizion medesima in cui era prima della *dejectio*, e di fargli aggiudicare i danni ed interessi (13). Esso si estingue pel decorso di un anno dopo la espulsione; passato il quale, non può più essere intentato contro il possessore, se non per quel tanto, di che si trovi arricchito (14).

§. 267. 2. *Dell' interdetto* de clandestina possessione. 3. *Dell' interdetto* de precario.

L' interdetto *de clandestina possessione* e quello de *precario* hanno per fon-

detto non è più accordato contro il reo, se non per quanto egli si è fatto più ricco: fr. 1, pr. D. XLIII, 17, cpr. col fr. 4, D. XLIII, 1.

(1) § 7 in fine, J. IV, 15.—fr. 37, § 1, D. XLIV, 7.

(2) Il qual diceva: « Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo quæque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum; post annum, de eo quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit; judicium dabo. » *(Trad.)*

(3) Cicerone, *pro Cæcina*; e sopra questa diceria, Henz. C. Gras, *Diss. quæ specimen jurispr. Ciceron. exhib. etc.* Lugd. – Bat. 1769.—Caio, IV, 154.—§ 6, J. IV, 15.—Dig. XLIII, 16.—Cod. VIII, 4, 5.—Savigny, § 40.

(4) Fr. 1, § 3-6, D. XLIII, 16. Pare nondimeno che il dritto nuovo abbia esteso questo interdetto al rapimento del possesso di un mobile. Const. 3, C. Th. IV, 22.—Const. VII, C. VII, 4.—§ 1, J. IV, 2.—§ 6, J. IV, 15.—Savigny, p. 384.

(5) Fr. 1, § 9, 23, ibid. Poco, in tal caso, importa che l' espulso abbia acquisiato il possesso *vi, clam*, o *precario* da colui che violentamente lo ha discacciato. § 6, J. IV, 15: « licet is ab eo, qui dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat. «

(6) Fr. 1, § 3, 21, 29; fr. 3, § 6, 7, D. XLIII, 16.—fr. 9, pr. D. IV, 2.

(7) Fr. 3, § 13-16, D. XLIII, 16.—fr. 9, § 1, ibid.—fr. 60, pr. D. VII, 1.—fr. 27, D. XXXIX, 5.

(8) Fr. 4, § 27, D. XLI, 3.—Savigny, § 46.

(9) Fr. 1, § 30, 44, D. XLIII, 16.

(10) Fr. 1, § 12, 15; fr. 3, § 10-12, D. ibid.

(11) Fr. 1, § 48; fr. 3, pr.; fr. 9, pr. D. ibid. La legge non accorda altro che una *actio in factum* contro le persone alle quali si deve rispetto. fr. 1, § 43, ibid.

(12) Fr. 3, § 10, D. XLIII, 17. Il dritto canonico lo accorda altresì contro il terzo possessore di mala fede. Cap. 18, X, 2, 13.

(13) Fr. 1, § 31, D. XLIII, 16.—Cpr. fr. 1, § 41, 42; fr. 6, ibid.

(14) Fr. 1, pr. ibid.

damenti gli stessi principj che il precedente. Il primo, la esistenza del quale è dubbia, ha luogo quando altri è stato di soppiatto privato del possesso di uno immobile (1): di esso il nuovo dritto non fa più alcuna menzione (2). Il secondo soccorre a chi abbia accordato ad un altro il godimento della sua cosa ovvero l'esercizio di una servitù a titolo precario (*precario*), quando costui rifiuti di restituir la cosa al proprietario che la ridomanda, oppur d'interrompere l'esercizio della servitù (3).

§. 268. IV. *Della difesa del possesso.* A. *Idee generali.*

Il dritto che altri si arroghi di difendersi e farsi ragione da se medesimo, è generalmente non solo vietato, ma eziandio punito (4). Però la legge nol proibisce quando l'uom cerca difendere la sua persona o quegli averi nel cui possesso egli si ritrova, contro gli ingiusti e violenti attacchi di un altro (5), sì veramente che la forza usata per ributtar l'assalitore sia moderata (*moderamen inculpatae tutelae*) (6).

§. 269. *Della dinunzia di nuova opera.* 1. *Nozione.*

Tra le maniere all'uom permesse dalla legge di difendere la sua proprietà, una notabilissima è la *dinunzia di nuova opera* (*nunciatio novi operis*) (7). Avvegnachè, quando alcuno comincia a edificare ovver demolire a torto o ragione che sia (*opus novum facere*) (8), colui il quale si tien per leso da siffatti lavori ha più di una via per impedirli stragiudizialmente e prima del loro compimento (9). Può egli impedirli con de' fatti (oggidì *nunciatio realis*), (10) i quali sono spesse volte, non che permessi, neces-

(1) Fr. 7, § 5, D. X, 3.—Savigny, § 41.

(2) Il motivo è, perchè il solo fatto del prendimento non più bastava per acquistare il possesso di uno stabile, ma si richiedeva che di questo fatto avesse conoscenza il possessore primiero: se dunque l'usurpatore s'era introdotto di soppiatto, e poi resisteva al legittimo posseditore, questi avea per suo soccorso l'interdetto *unde vi*. V. le note al § 251. (*Trad.*)

(3) Dig. XLIII, 26. — Particolarmente fr. 2-4; fr. 15, § 2, ibid. — Const. 2, C. VIII, 9.—Paolo, *Sent. rec.* V, 6, § 10, 11. — Savigny, § 42.

(4) Fr. 176, pr. D. L, 17.—§ I, J. IV, 2.—§ 6, J. IV, 15,—fr. 12, § 2; fr. 13, D. IV, 2.—Const. 7, 10, C. VIII, 4.—Const. 34, C. IV, 65.—Const. 9, C. IV, 10.—Nov. 60, cap. 1.—Quanto è alle pene che la legge pronunzia in questo caso, *v.* le pene de'fatti violenti, dove si tratta de'delitti privati.

(5) Fr. 14, § 4, D. IX, 2: Vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt. » Cpr. fr. 4 ibid. — fr. 3, D. I, 1.—fr. 1, § 27; fr. 3, § 9, D. XLIII, 16.

(6) Fr. 5, pr. D. IX, 2.—Const. 1, C. VIII, 4.

(7) Dig. XXXIX, 1. — XLIII, 24.—Codice, VIII, 11.—F. Kæmmerer, *De operis novi nunciatione*. Heidelb. 1807. — Reinhardt, *Spiegaz. del tit. delle Pand. De operis novi nunciatione*. Shettgardt, 1820.—Engelharde, *De op. novi nunc.* Lips. 1821. — Hasse, *Diss. de novi op. nunc.* Bonnæ, 1828, e più per minuto, nel *Museo renano per la giurispr.* anno 3. p. 579. — Wiederhold, *Dello interdetto* uti possidetis *e della denunzia di nuova* opera. Hanau, 1831.

(8) Fr. 1, pr. § 7, D. XXXIX, 1.

(9) Perchè, *dopo* il compimento de'lavori, gli resta solo l'interdetto *quod vi aut clam*. fr. 1, §. D. ibid. (a).

(10) A cagion di esempio, quando si cacciano gli operai, quando si distrugge l'opera incominciata ovver si scaglia un ciottolo contro di quella, per simbolo (*jactus lapilli*): fr. 5, § 10, D. ibid. — fr. 6, § 1, D. VIII, 5. — Paolo del Re, *De jactu lapilli*. Helmst. 1782.

(a) Col quale non ha punto che fare quello *de clandestina possessione*, di cui più sopra si è detto esser dubbia la esistenza, la quale di quest'altro è certissima. (*Trad.*)

sari a colui che per non perdere il suo possesso è tenuto a difenderlo. Può eziandio impedire i lavori senza far fatti, quando egli nel luogo medesimo ove le costruzioni si esegnono (1), si protesta con gli operaj o col rappresentante del proprietario (2) contro la continuazion de' lavori, ed ordina che si cessi. Siffatta specie di denunzia, ch' è la sola che i Romani abbiano chiamata *novi operis nunciatio*, può essere esercitata non pur dal proprietario, ma eziandio da tutti coloro i quali, per effetto di un lor dritto reale, hanno interesse che la nuova opera non si faccia (3).

§. 270. 2. *Dell' effetto della dinunzia di nuova opera.*

La dinunzia di nuova opera ha per effetto di forzar colui al quale ella è fatta, a sospendere l' opere fino a che la giustizia abbia deciso dell' affare. Se malgrado questo divieto, egli continua i suoi lavori, il dinunziante ha il dritto di esigere, mediante l' interdetto *de opere novo demoliendo vel restituendo*, la demolizione dell' opera ovvero il rimettimento delle cose nel pristino stato (4). Se cotal messa in mora occasionasse qualche pericolo al dinunziato, la legge gli permette, anco prima del diffinimento della contestazione, di continuare o pur terminare l' opera, dando sicurtà *de eventualiter demoliendo aut restituendo* (5): la qual sicurtà rifiutando il dinunziatore di accettare, il dinunziato ha l' interdetto proibitorio (*interdictum prohitorium*) per guarentirsi nella continuazion de' suoi lavori (6).

§. 271. 3. *Del come questo effetto cessi.*

L' effetto della dinunzia cessa:

1. Col prestamento della sicurtà (7).
2. Per la morte del dinunziante.
3. Per l' alienazion della cosa (8).
4. Con l' autorizzazione accordata dal dinunziante medesimo, oppur dal giudice, di continuare i lavori (*remissione*) (9).

(1) Fr. 5, § 2, 4, D. XXXIX, 1.
(2) Fr. 5, 3. ibid.
(3) Fr. 1, § 3, D. XLIII, 25: « Jus habet novum opus nunciandi, qui aut dominium, aut servitutem habet. » — fr. 1, § 5; fr. 3, § 3; fr. 8, pr; fr. 9, D. XXXIX, 1. — fr. 15, D. VIII, 2. — fr. 6, § ult. D. VIII, 5. — fr. 14, D. XXXIX, 1.
(4) Fr. 1, § 7; fr. 20, pr. § 1, 2; fr. 21, § 1, D. XXXIX, 1.
(5) Fr. 5, § 17; fr. 8, § 2, 4; fr. 20, 21, ibid.
(6) Fr. 20, § 9, 10, ibid. — Cpr. Dirksen, *Obs. ad selecta legis Galliæ cisalpinæ capita*, p. 44.
(7) Fr. 15, § 17; fr. 8, § 2, 4; fr. 20, 21, D. XXXIX, 1.
(8) Fr. 8, § 6, ibid. — Ma non così per la morte del denunziato: fr. 8, § 7, ibid.
(9) Fr. 5, § 19, ibid. — fr. un. D. XLIII, 25.

CAPITOLO II.

DELLA PROPRIETA' (1).

TITOLO I.

DELLA IDEA E NATURA DELLA PROPRIETA'.

§. 272. I. *Nozione della proprietà.*

La *proprietà*, nel senso esteso della parola, è tutto ciò che fa parte del nostro avere, tutto ciò che ci appartiene, sia che corporale, sia che incorporale (2). Da siffatta nozion generale di proprietà, applicata alle cose corporali, nasce l' idea di proprietà in un senso ristretto (*dominium*) (3). Il dominio dunque consiste, secondo sua natura ed essenza, nella proprietà di una cosa corporale, cioè a dire in ciò, che la cosa medesima ci appartiene, in ciò ch' ella è nostra (4). La proprietà è di natura sua un dritto illimitato ed esclusivo: epperò essa comprende il dritto di disporre della sostanza della cosa in qualunque modo non vietato dalla legge, di possederla, e di usarla ad esclusione di chiunque altro (§ 299).

§. 273. II. *Della proprietà libera e della ristretta.*

Abbiam detto la proprietà essere, di sua natura, un dritto illimitato ed esclusivo; ma sì nell' una come nell' altra di dette qualità può ella esser ri-

(1) Fonti generali, massime pel dritto antico: Caio, II, § 1-97.—Ulpiano, XIX. Pel dritto nuovo: Inst. II, 1. — Dig. XLI. Cod. VIII, 25.

BIBLIOGRAFIA:

1.° Sul dritto antico: Hugo, *Rechtsgechiohte*, p. 191, 509, 922. — *Annali di Heildeberg per la giurispr.*, anno 2.° 1809, p. 328.—Gans, *Scholii sopra Caio*, V.—Dernburg, *Beitræge zur Gesch. der Ræm. Testamente*, p. 155, 316.—Ballhorn, detto Roseu, *Del dominio*. Lemgo, 1822.—Mauhay, *Ueber etc. res mancipi et nec mancipi*. Francoforte, 1823—Unterholzner, *Delle diverse specie della proprietà*, nel *Museo Renano*, t. 1, p. 129.—Zimmern, *Della proprietà bonitaria*, ivi medesimo, t. 3, p. 311.—Pulter, *Trattato della proprietà*. Berlino, 1831.—Mayer, *Del* duplex dominium *in dritto romano*, nella *Zeitschrift. etc.* t. 8, p. 1.

2.° Sul dritto nuovo: Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. 9, cap. 8-12. — Westphal, *Sistema del dritto romano intorno alle specie delle cose, al possesso, alla proprietà ed alla prescrizione*. Franc. e Lips. 1790.—Reinhard, *Saggio di una introduz. sistematica al dritto di proprietà*. Franc. e Lips. 1800—Gesterding, *Sposizione profonda del dritto di proprietà*. Greifswald, 1817.

(2) Fr. 49, D. L, 17. In tal senso esteso, è talvolta nel romano diritto parola di nn *dominium usufructus, servitutis et hereditatis*: fr. 3. D. VII, 6.—fr. 8, pr. D. XLII, 5.—§ 7, J. II, 19.—fr. 48, pr. D. XXVIII, 5: parimente che di una *vindicatio servitutis, pignoris, successionis*: fr. 9, D. XXXIX, 1.—fr. 16, § 3, D. XX, 1. — Const. 4, C. VI, 9. — Cpr. fr. 25, pr. D. XLIV, 7. Voglionsi pure mentovare l'espressioni improprie: *dominus litis*, fr. 31, pr. D. III, 3; *dominus negotiorum*, § 1, J. III, 27 (28).

(3) Da ciò: *corporis dominus*, per opposto a chi ha soltanto un *jus in re*: fr. 13, § 1, D. XXXIX, 2.

(4) Fr. 13, pr. D. XLI, 1. — fr. 1, § 1, D. XXIX, 5.

stretta, senza che perciò il proprietario resti di esser tale (1). Allorchè tutti i dritti parziali, la cui riunione forma la piena proprietà, convengono nella persona del proprietario medesimo, e che nessun diritto di altrui sulla cosa non si oppone al libero esercizio della proprietà, essa chiamasi piena e libera proprietà, *proprietas plena* (oggi, *dominium plenum*). Ma se il dritto di usare e goder la cosa è staccato della proprietà, e trasferito altrui siccome dritto reale, il dritto restante al proprietario si chiama nuda proprietà, *nuda proprietas* (oggidì, *dominium minus plenum*) (2). Oltre a questo dritto di usare e di godere, la proprietà può ancora esser ristretta in più di una guisa da diverse ragioni reali, le quali appartengano altrui che al proprietario medesimo. In tali casi, la proprietà è *non libera* ovvero *gravata*.

§. 274. III. *Della proprietà rivocabile.*

Ancora, la proprietà è da natura sua un dritto *irrevocabile:* in fatti l'uomo, acquistata che l'abbia, non può più esserne spogliato, salvo se per un particolare motivo il proprietario antecedente non avesse il dritto d'interrompere la durata, anche contro la volontà del proprietario attuale, e di ridomandarla. In questo caso, la proprietà è *rivocabile;* e può esserlo a due modi:

1. È rivocabile dal suo principio, quando la causa della rivocazione sta nella maniera in cui la proprietà è stata acquistata (oggi: *dominium revocabile ex tunc*). Quando è così, la rivocazione ha uno effetto retrocedente infino al tempo dell'acquisto: la legge dà a colui, il quale a tal modo ripiglia la proprietà della sua cosa, un'azione *in rem* contro qualunque possessore (3); e quanto è a' dritti a terze persone concessi dall'attuale proprietario nel durar del suo dominio, accade applicare la regola: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* (4).

2. A tal proprietà, ch'è irrevocabile per rispetto al suo principio, può da novelle circostanze sopravvenire dipoi una causa di revocazione (oggi: *dom. revocabile ex nunc*) (5): nel qual caso, l'effetto retroattivo non va oltre al momento della rivocazione, e la regola testè citata non trova più luogo. Parimenti, il rivocante ha solo un'azion personale contro il proprietario attuale; contro a' terzi, nessuna. Ondechè si vede come, in effetto, non v'è proprietà rivocabile altro che ne' casi della prima sorta.

§. 275. IV. *Del condominio.*

La proprietà, secondo la sua nozione, è un dritto essenzialmente esclusivo; ch'è quanto dire che ciò ch'appartiene ad uno non può nel tempo medesimo appartenere ad un altro. Adunque la proprietà di una sola e medesima cosa non può essere se non di una sola persona, e più persone non possono esser ciascuna proprietaria di *tuttaquanta* la cosa (6). Ma leggiermente si comprende come una cosa possa essere proprietà comune di più

(1) Fr. 25, pr. D. L, 16.

(2) Fr. 4, D. XXIII, 3. — fr. 126, § 1, D. XLV, 1. — fr. 2, pr.; fr. 17, D. VII, 4. — § 4, J. II, 4. — Chi ritien la proprietà dicesi *dominus proprietatis*, per opposto all'*usus fructuarius*: fr. 15, § 6; fr. 72, D. VII, 1. — fr. 9, pr. § 4, D. VII, 9. — fr. 66, D. XXII, 3. — fr. 57, D. XXIV, 3. — fr. 33, D. VI, 1.

(3) Fr. 41, pr. ibid. — fr. 4, § 3, 4, D. XVIII, 2. — fr. 2, § 4, 5, D. XLI, 4. — Const. 1, 4, C. IV, 54.

(4) Per es: fr. 3, D. XX, 6. — fr. 31, D. XX, 1. — fr. 4, § 3, D. XVIII, 2. — fr. 105, D. XXXV, 1. — fr. 11, § 1, D. VIII, 6.

(5) Per es: const. 8, 10, C. VIII, 56.

(6) Fr. 5, § 15, D. XIII, 6: — « duorum *in solidum* dominium vel possessio esse non potest. » fr. 3, § 5, D. XLI, 2.

persone, di guisa che ciascheduna ne abbia una parte ideale (1). In tal caso, nessuno è proprietario di tutta la cosa, ma ciascun solamente della porzione ideale ond'egli solo dispone. I moderni chiamano questa sorta di proprietà condominio, *condominium*.

TITOLO II.

DELLO ACQUISTO DELLA PROPRIETA' (2).

§. 276. I. *Condizioni generali dello acquisto.*

L'acquistamento della proprietà richiede il concorso delle seguenti condizioni:

1. Una persona *capace di acquistare*. La legge dichiara generalmente incapaci tutti coloro i quali non possono avere alcuna volontà (per esempio i frenetici e' mentecatti, eccetto i casi in cui la volontà dell'acquistante nè pon nè leva (3)); e parimenti coloro i quali generalmente non possono aver nulla di proprio. Chi non può nulla acquistare a se medesimo, ma tutto acquista per altri, può a questi altri acquistare eziandio la proprietà (4).

2. Una *cosa* la quale possa essere in proprietà, e segnatamente nella proprietà di colui che deve acquistarla (5).

3. Un *modo di acquistare* legale (*acquisitio*, *species s. genus acquisitionis*, *causa acquirendi*, oggi *modus acquirendi*) (6). La division degli acquisti in *acquisitiones juris gentium* (chiamate *naturales*) ed *acquisitiones juris civilis*, non s'è al tutto disusata (7). L'acquisizione per universalità (*per universitatem*) non risguarda unicamente la proprietà (8). Talune acquisizioni di cose individue (*rerum singularum*) meglio troveranno lor luogo altrove: così per esempio, noi non ci occuperemo ancora dell'acquisizion della proprietà per *legati*, per *costituzion di dote*, nè di altre molte, nello quali si acquista immediatamente la proprietà per una disposizion della legge (*ipso jure*, *lege*), come nel caso delle seconde nozze, e della separazion di corpo per cagione di debiti.

§. 277. II. *De' modi di acquistare particolari.*
A. *Della occupazione.*

La occupazione è quel modo di acquistar la proprietà il quale si fonda in sul principio seguente: *res nullius cedit occupanti*, cioè a dire che chi s'im-

(1) Il dritto romano significa siffatta condizion di cose con le parole: *plures rem pro indiviso possident*; o con queste altre: *res quam cum alio communem habet*, oppositamente a *res quam solus habet*. fr. 4, § 7, D. X, 1. — fr. 8, D. VI, 1. — fr. 5, D. XLV, 3. — fr. 25, § 1, D. L, 16.

(2) Inst. II, 1. — Dig. XLI, 1. — Doneau, *Comm.* IV, 7-37; V, 1-31. — Hænel, *Diss. de acquirendo rerum dominio*. Lips. 1817. De Bosch, *Hist. expositio de dominio ejusque acquirendi modis*. Groningæ, 1832.

(3) Per es: § 3, J. III, 1. — fr. 63, D. XXIX, 2.

(4) Inst. II, 9. — *V.* il § 191.

(5) § 7, J. II, 1. — fr. 6, § 2, D. I, 8. — § 4, J. II, 20. — fr. 49, § 2, D. XXXI. — Const. 1, 2, C. I, 10.

(6) La dottrina generalmente ammessa, che qualunque acquisizion di proprietà richieda un titolo (*titulus*) e un modo di acquistare (*modus acquirendi*), è falsa.

(7) § 6, J. II, 9. — fr. 1, pr. D. XLI, 1. — Ulpiano, XIX. — Caio, II, § 18 e seg.

(8) Il dritto antico noverava qui particolarmente l'acquisto *per arrogationem*, *per conventionem uxoris in manum mariti*, *per emptionem bonorum debitoris oberati*, *per hereditatem et bonorum possessionem*, e taluni altri. *V.* in generale:

possessa di una cosa senza padrone, col proposito di appropriarsela, ne acquista per ciò medesimo la proprietà (1).

Il romano dritto ammette tre specie di occupazioni:

1. L'occupazion delle cose viventi e che non hanno alcun padrone, nel qual novero egli pone tutti gli animali selvatici che campano sulla terra, nell'acqua e per l'aria, supponendo però ch'essi godano lor naturale libertà e non sieno stati per ancora pigliati, o quando bene avessero avuto un padrone, ch'essi abbiano ricuperata la propria libertà. Questa specie di occupazione adunque comprende la caccia, la pesca, e l'uccellagione (2).

2. L'occupazion delle cose inanimate non appartenenti ad alcuno, ovver delle cose trovate (3): nondimeno il tesoro ritruovato per caso è considerato, per la metà, come accessione del fondo in cui si ritrova (4); e le cose perdute o smarrite senza esser propriamente abbandonate, ovver quelle gittate in caso di pericolo, per disgravare il naviglio, non sono in conto di *res nullius* (5).

3. Il bottino fatto nella guerra. Il dritto romano considera le cose del nemico siccome prive di padrone, e si ne permette la occupazione (6): ma spesso poi succede un ritornamento di proprietà (*postliminium*) (7), il quale però non si applica altro che agli immobili ed agli schiavi (8).

§. 278. B. *Della specificazione.*

Si acquista la proprietà per via della *specificazione*, col trasformare la cosa altrui, massime col fare dell'altrui materia una novella spezie di cosa, della quale si diventa proprietario (9). Se il produttor della nuova specie l'ha fatta parte della materia sua propria, parte della altrui, egli similmente ne acquista la proprietà; ma se la specie novella è stata interamente formata dell'altrui materia, egli è mestieri distinguere il caso in cui si può ritornar la materia nel suo pristino stato, da quello in cui cosiffatto ritorno è impossibile (10). Nel primo caso, il proprietario della materia acquista altresì la proprietà della nuova specie, ma egli debbe indennizzar del suo lavorio lo specificatore di buona fede (11). Nel secondo caso, lo specificatore

Caio, II, § 98; III, § 77 e seg. — Inst. III, 10-12 (11-13). Il dritto nuovo non ha conservato altro che l'acquisto per *successione* (§ 6, J. II, 9), del quale si ragionerà nel quarto libro.

(1) Fr. 3, D. XLI, 1: « Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. » — Caio, II, 66-69. — § 12-18, J. II, 1. — W. Brouwer, *De jure occupandi.* Lugd. — Bat. 1822. — D. Heisselink, *De dominio ejusque acq. modis per occup. et access.* Groen. 1821.

(2) § 12, 16, J. II, 1: « Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisqne capiat, an in alieno. » fr. 1, § 1; fr. 2-6, D. XLI, 1. — fr. 1, D. XLI, 2.

(3) § 18, 47, J. ibid. — fr. 1, § 1, D. XLI, 2.

(4) § 39, J. II, 1. — fr. 3, § 10, D. XLIX, 14. — La contraddizione apparente tra questi dne luoghi, sparisce pel § 7, II, di Caio. — La const. 1, C. X, 15, racchiude la più recente delle disposizioni intorno al tesoro trovato.

(5) § 48, J. II, 1. — Dig. LXI, 7.

(6) § 17, J. II, 1. — fr. 5, § 7; fr. 51, § 1, D. XLI, 1.

(7) Dig. XLIX, 15. — Cod. VIII, 51.

(8) Fr. 20, § 1; fr. 28, D. XLIX, 15.

(9) Il dritto romano non adopera mai il vocabolo *specificatio*, ma sempre la locuzione *speciem facere.* — Koch, *Diss. de jure ejus, qui speciem ex al. mat. fecit.* Marb. 1829.

(10) § 25, J. II, 1, comparato col fr. 7, § 7: fr. 12, § 1; fr. 24, 26, pr. D. XLI, 1. — Caio, II, 79. — Teofilo, sopra il citato § 25, J.

(11) Pertanto la legge non altro accorda allo specificatore che un dritto di ritenzione, per insino a ch'egli è in possesso della novella specie, e la eccezione *doli mali* coutro il proprietario che la ricerca. Arg. § 30, 32, 33, 34, J. II, 1. — fr. 23, § 4, D. VI, 1. Lo specifi cator malizioso non ha dritto alcuno ad essere indennizzato del suo lavoro. Arg. § 30, J. II, 1.

acquista la proprietà della nuova sorta di cosa; ma si ricerca ch' egli abbia avuto la intenzione di formarla per sè (1), senza punto qui distinguere, in quanto all' acquisizion della proprietà, s' egli abbia operata di buona o mala fede (2). Rispetto alla indennità dovuta al padron della materia, lo specificator di buona fede non è tenuto a dare se non tanto quanto egli se ne trova migliorato (3); ma s' egli è stato di mala fede, può essere astretto con l' azione di furto a risarcire tuttoquanto il danno cagionato (4).

§. 279. C. *Dell' accessione.*

L' *accessione* è un modo di acquistare, pel quale, secondo la regola che la cosa accessoria segue la principale (*res accessoria sequitur rem principalem*, ovvero *cedit rei principali*), il proprietario della cosa risguardata siccome principale, diventa di ragione proprietario della giunta (5). Questa maniera di acquistare comprende numero grandissimo di casi, i quali si possono ordinare in due classi distinte; la prima contiene le cose che altrimenti sarebbono *res nullius*, la seconda quelle di già state proprietà di un altro: e sì le une come le altre passano, aggiugnendosi alla cosa principale, nella proprietà di colui al quale essa cosa appartiene (6).

§. 280. 1. *De' casi della prima sorta.*

I casi della prima sorta poggiano in sul principio, che il padron di una cosa acquista di ragione la proprietà di tutte le produzioni organiche di quella, e di tutto ciò che, senza suo fatto, le si apprende al difuori così, che ne faccia parte. Sotto questo principio si schierano i seguenti casi:

1. Il proprietario acquista la proprietà de' frutti della cosa, nell' istante di loro nascenza (*fructus pendentes pars fundi sunt*) (7): il portato degli animali e delle schiave appartiene egualmente al padron dell' animale o della schiava che lo ha portato, perciocchè i figliuoli seguono la condizion della madre, senza risguardo alcuno al loro concepimento (*partus sequitur ventrem*) (8).

2. L' accrescimento insensibile che un fiume apporta ad un podere (*alluvio*), diventa proprietà del padron del podere (9).

3. Un' isola formatasi in mezzo ad un fiume (*insula in flumine nata*) è comune a' proprietari di lunghesso le due ripe, secondo la larghezza che ciascun podere presenta al fiume, e fino ad una linea che si reputa tirata per lo mezzo del fiume: ma quando l' isola sia tuttaquanta dall' un de' lati di detta linea, essa è solamente de' proprietari di lunghesso quella ripa, sempre in proporzion della larghezza da ciascun podere presentata al fiume (10).

(1) L'atto di far del frumento delle spiche altrui non è più risguardato, secondo il fr. 7, § 7, D. XLI, 1, per una specificazione, siccome al tempo di Caio. Cpr. Caio, II, 79.—§ 25, J. II, 1.

(2) § 26, ibid. — Il fr. 12, § 3, D. X, 4, ed il fr. 52, § 14, D. XLVII, 2, non sono contrari.

(3) Arg. fr. 14, D. XII, 6, e fr. 31, § 3, D. V, 3.

(4) Caio, II, 79. — Arg. § 26, J. II, 1.— fr. 52, § 14, D. XLVII, 2.

(5) Presso i Romani, *accessio* non significava l'acquisto della proprietà per lo aggiugnimento di una cosa ad un'altra, sibbene la stessa cosa aggiunta (§ 159).

(6) La divisione ordinariamente fatta in *accessio naturalis*, *industrialis* e *mixta*, non è nè romana, nè esatta.

(7) Fr. 44, D. VI, 1.—fr. 25, pr. § 1, D. XXII, 1.

(8) § 19, J. 17, 1.— fr. 5, § 2, D. VI, 1.— Const. 7, C. VII, 32.— fr. 28, D. XXII, 1.

(9) Caio, II, 70.—§ 20, J. II, 1. — fr. 7, § 1; fr. 16; fr. 56, D. XLI, 1.

(10) Caio, II, 72.—§ 22, J. II, 1—fr. 7.

4. Il letto abbandonato da un fiume (*alveus derelictus*) si divide , come nel caso dell' isola , tra' proprietari de' poderi posti lunghesso le antiche ripe (1). Se invece un fiume , dividendosi , circuisca un terreno in forma di un' isola , quel terreno non resta di appartenere al suo proprietario : e così pure non si perde la proprietà per una passeggiera inondazione (2).

5. Finalmente il *tesoro*; il qual per una metà è riguardato siccome un'accessione del fondo, e per l'altra rientra nel principio della occupazion delle cose senza padrone : esso adunque appartiene mezzo al proprietario del fondo , e mezzo al ritruovatore (3).

§. 281. 2. *De' casi della seconda specie.* a. *Dell' aggiunzione.*

I casi della seconda specie si fondano in su questo principio , che quando una cosa è unita ad un' altra per modo che la separazion loro diventi impossibile ovver cagioni il deterioramento di una di esse , il proprietario della cosa principale acquista eziandio la proprietà dell' accessoria con quella congiunta (4). A questa categoria particolarmente appartiene l' *aggiunzione* , ossia il collegamento intrinseco di due cose appartenenti a differenti proprietari. Tali sono i casi dello intessimento (*intextura*) (5), della saldatura (*adferruminatio*) (6), del quadro (*pictura*), in cui il dipinto è la cosa principale (7), e della scrittura, in cui per contrario principale è la car-

§ 3; fr. 29, fr. 30, § 2; fr. 56, 65, § 4, D. XLI, 1. — fr. 1, § 6, D. XLIII, 12.

(1) § 23, J. ibid. — fr. 7, § 5; fr. 30, § 1, 2, D. XLI, 1. — Const. 1, C. VII, 41.

(2) § 22, 24, J. II, 1. — Cpr. fr. 7, § 6, D. XLI, 1. — fr. 1, § 9, D. XLIII, 12.

(3) Const. un. C. X, 15.

(4) Quando la separazione è possibile, il padron della cosa accessoria può, per ottener la separazione, intentar l'azione *ad exhibendum* , e dipoi ridomandaria come sua: fr. 6; fr. 7, § 1, D. X, 4.—fr. 23, § 5, VI, 1.

(5) § 26, J. II, 1. Per esempio , se alcuno avesse intessuto l'altrui porpora nel suo vestimento; nei qual caso la porpora, *licet pretiosior sit, tamen accessionis vice cedit vestimento*, perch'è chiaro che il vestimento è la cosa principale: e così pure se, per contrario, alcuno avesse intessuta la porpora sua nel vestimento altrui. Ma se il padrone della cosa accessoria non poteva esser notato di mala fede, era provveduto che non ricevesse danno. Veggansi i Comentatori sopra il citato luogo delle Instituzioni.

(Il Trad.)

(6) Fr. 23, § 5, D. VI, 1. — Dove Paolo sottilmente distingue tra la saldatura con ferro e quella con piombo: ma non pare che siffatta distinzione ammettesse Ulpiano fr. 7, § 3, *de rei vind.*

(Il Trad.).

(7) § 34, J. II, 1 : « Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. » fr. 9, § 2, D. 41, 1. — fr. 23, § 3, D. IV, 1. — Caio, II, 78 (a).

(a) Si può veramente opporre che non tutti i pittori sono Apelli e Parrasii , anzi si veggon dipinti de'quali si può bene affermare che valgan meno della tela ; e che pertanto si dovesse anco questo caso della dipintura lasciare sotto la comun regola, che lo aggiunto ceda al subbietto , cioè a quella cosa senza la quale egli esser non potrebbe , sebbene alla sia di pregio minore. Tale infatti, tra diversi altri, fu la sentenza del celebre Paolo: fr. 23, § 3, D. VI, 1. Ed occorrendo il caso degli Apelli, si dirà che si potea con l'equità temperare il rigore del dritto , come appunto si osservava per le scritture di pregio. Ma il vero è che gli antichi fecero tanta stima di questa nobile arte, che avendole dato il primo grado tra le liberali, ed ordinato che ai soli uomini di libero nascimento e di onorata vita fosse lecito di apprenderla ed esercitarla (come si ha da Plinio, lib. 35, cap. 10), vollero altresì favorirla con la sopradetta prerogativa. E chi consideri come l'opera del pittore si applica a materia di costo minore di quella propria di quasi tutte le altre arti, non potrà negare che siffatto favor degli antichi non fosse altresì ragionevolmente fondato. Per solamente che alla scrittura si facesse torto : ma di questa si ragiona nella nota seguente.

(Il Trad.)

ta (1); tal è specialmente il caso dell' edificamento (*inaedificatio*), in cui, giusto la regola *solo cedit quod solo inaedificatur*, il proprietario del fondo acquista altresì la proprietà dello edifizio in quello posto (2); e parimente il caso della seminagione e del piantamento (*satio et plantatio*), in cui, giusta il principio *solo cedit quod solo implantatur*, il proprietario del fondo acquista la proprietà della sementa, della pianta e dell' albero, sì tosto che hanno pigliato (3). Finalmente, vuolsi qui noverare lo staccamento (*avulsio*), ch' è quando la violenza di un fiume rapisce tutta a un tratto porzione di un podere e la riunisce ad un altro; nel qual caso il proprietario di questo ultimo acquista la detta porzione, dal momento ch' essa s' è bene appiccata al suo podere (4).

§. 282. *Della indennità dovuta, in questo caso, al proprietario della cosa accessoria.*

Allorchè, ne' casi da noi noverati, alcuno acquista per via di aggiunzione ciò che fino a quell' ora apparteneva ad un altro, questi ha sovente dritto di domandar risarcimento. In quanto a ciò, havvi una distinzione a farsi:

1° O l' aggiunzione è fatta da colui il quale acquista la proprietà di cosa fino allora stata di un altro: nel qual caso fa luogo esaminare s' egli di buona fede credea che la cosa da lui aggiunta fosse sua, ed allora ei non debbe indennizzarne il proprietario se non in quanto se ne trova migliorato (5); se per contrario egli ha l' aggiunzione fatta con mala fede, è tenuto per l' azion di furto a rifare tutto il danno cagionato (6). Nel caso della edificazione, havvi ancor questo di particolare, che il padron de' materiali da un altro costruiti non ne perde la proprietà, ma pure non può ricuperarli tanto che l' edificio sta: ben egli può invece, mediante l' azione *de tigno juncto*,

(1) § 33, J. II, 1. — fr. 9, § 1, D. XLI, 1. — Caio, II, 77 (a).

(2) Caio, II, 73. — § 29, 30, J. I. — fr. 23, § 6, D. VI, 1. — fr. 6, D. X, 4. — fr. 1, 2, D. XLVII, 3.

(3) § 31, 32, J. ibid. — fr. 7, § 13; fr. 9, pr. D. XLI, 1. — Caio, II, 74-76.

(4) Caio, II, 71. — § 21', J. ibid. — fr. 7, § 2, D. XLI, 1. — DuCaurroy, *Interpetr. del § 21, J. de rer. div.*; nella *Themis*, t. VI, p. III (ed. belg.).

(5) Fr. 5, § 3; fr. 23, § 5, D. VI, 1.

(6) § 26, J. II, 1. — fr. 52, § 14, D. XLVII, 2.

(a) Contro il citato luogo delle Instituzioni ov' è detto che *literae perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea que inaedificantur*, disputa l'Otomanno, dicendo esser siffatta comparazione al tutto assurda, perciocchè non come il suolo è parte degli edifizi, così pure può dirsi la carta esser parte del poema o della istoria in essa descritta. La carta esser di quelle cose che con l'uso periscono, quandoch' essa per la scrittura soprappostavi in certo modo manca e si consuma, epperò dover bastare se al padrone sia restituita di eguale bontà, ovvero se ne paghi il valore. Troppo iniqua ed irragionevol cosa sembrare, che chi per avventura abbia in alcuna carta scritto i suoi conti, oppur le sue meditazioni, le quali egli abbia grandissimo interesse che non sieno altrui comunicate, debba perdere la scrittura ad ogni richiesta del padron della carta. E che dir della carta che contenesse o inventario o altro qualunque instrumento, nel quale fosser riposte tutte quante le fortune di un uomo? E quantunque non sia vero quello che Otomanno dice, che la carta per l'accession delle lettere perisca o si consumi, pare a noi che nel restante egli abbia interamente ragione. Infatti il Minsingero, Grozio, Tuldeno ed altri affermano che a tempo loro cotal diritto era al tutto mutato, *ut jam non amplius scriptura chartae, sed charta scripturae cedat*. Ed oggidì vedesi anco maggiormente la ragionevolezza di tal mutazione pe' grandissimi prezzi attribuiti alle musiche scritte da' sommi maestri, le quali da nessun discreto uomo sarebbero certamente aggiudicate ai padroni della carta. Pertanto, saggiamente gli art. 494 e 496 delle nostre LL. cc. ordinano che generalmente il valor della cosa aggiunta, ovvero il pregio dall' opera, debbano ad esse assoggettar la materia. (*Il Trad.*)

esigere il doppio di lor valuta, e ciò senza distinguere se l'edificatore è stato di buona o mala fede (1).

2° O l'aggiunzione è stata fatta da tale, che così perde la proprietà di cosa fino allora sua: nel qual caso accade parimente esaminar s'egli è stato di buona fede, perchè così essendo, egli può esercitare un dritto di ritenzione fino a tanto che sia stato indennizzato, e respinger con la eccezione *doli mali* l'azion di ricuperazione; ma per questi effetti il romano dritto ricercava ch'egli avesse ancora il possesso della cosa (2). Se per contrario egli è stato di mala fede, perde la sua proprietà, senza potere alcuna indennità pretendere (3), salvo che non si consideri la cosa aggiunta siccome una spesa necessaria (§ 161), nel qual caso egli ha una *actio in factum* per risarcimento (4).

3° O finalmente l'aggiunzione è succeduta per naturali eventi, qual è per esempio lo staccamento operato dal fiume: ed allora deve essa considerarsi come uno effetto del caso, e chi ne profitta non è tenuto ad indennità alcuna verso chi ne discapita (5).

§. 283. b. *Della commistione.*

Il mescolamento di corpi solidi appartenenti a diversi proprietari (*commixtio*) (6) non è, propriamente parlando, un modo di acquistar la proprietà: in fatti, quando esso si fa col consenso di ambedue le parti, il tutto formatosene diventa comune; quando invece succede per ventura, ovvero per opera di un solo de' proprietari, ciascheduno conserva la proprietà delle cose a lui pertenente, e ch'egli può separar da quelle degli altri. Ma se tale separazione è impossibile, come nel caso de' frumenti mescolati, l'intero mescolato diventa comune, e ciascuno può, per quel tanto che vi è di suo, dimandarne la divisione (7).

§. 284. c. *Della confusione.*

La confusione (*confusio*) è la mescolanza di cose liquide appartenenti a diversi. Il suo prodotto diventa comune, quando ella è succeduta di consentimento delle due parti, ovvero per caso, senza distinguere se le cose confuse sieno della medesima oppur di differenti specie (8). Ma quando essa è stata fatta dall'una delle parti senza il consentimento dell'altra, il suo prodotto non è comune se non allor ch'egli è composto di cose della stessa sorta (9); perciocchè se le cose sono differenti, il lor mischiamento è una

(1) § 29, J. II, 1 — fr. 7, § 10, D. XLI, 1. — fr. 23, § 6, D. VI, 1. — fr. 6, D. X, 4. — fr. 1, D. XLVII, 3. — Const. 2, C. III, 31.

(2) § 33, 34, J. ibid. — Caio, II, 76-78. fr. 23, § 4, D. VI, 1.

(3) § 30, 34, J. ibid. — fr. 7, § 12, D. XLI, 1.

(4) Const. 5, C. III, 32.

(5) Molti autori veramente vi sono, i quali sentono altramente; ma i testi da essi allegati (§ 31, J. II, 1; fr. 5, § 3; fr. 23, § 4, D. VI, 1; fr. 7, § 13; fr. 26, § 2, D. XLI, 1) non di altro parlano che dell'aggiunzione seguita per opera d'uomo.

(6) Pe' verbi *miscere* o *commiscere* i moderni intendono solo il mescolamento di corpi *solidi*, e per *confundere* la mistione di cose *liquide*; ma i Romani l'una e l'altra espressione usavano così per le cose solide come per le liquide. Fr. 3, § 2; fr. 5, pr. § 1, D. VI, 1. — fr. 7, § 8, D. XLI, 1.

(7) § 28, J. II, 1. — fr. 5, pr. D. VI, 1. In *un solo caso* la commistione fa acquistare la proprietà; ch'è quando uno ha pagato un debito con danari altrui, o pure ha dato gli altrui danari in prestanza, e colui che gli ha ricevuti gli abbia mescolati co' suoi: fr. 78, D. XLVI, 3 — Cpr. fr. 11, § 2, D. XII, 1.

(8) § 27, J. II, 1. — fr. 7, § 8, 9. D. XLI, 1.

(9) Fr. 3, § 2; fr. 4, D. VI, 1.

vera specificazione, e chi lo ha fatto diventa proprietario di tutto quanto il risultato, indennizzando l'altro, giusta i generali principj enunciati nel § 278 (1).

§. 285. d. *Dell' aggiudicazione.*

L'aggiudicazione della proprietà di una cosa, fatta dal giudice, si presenta ne' tre giudizi divisorii: *familiae erciscundae*, *communi dividundo* e *finium regundorum*. In siffatti casi, il giudice ha facoltà di aggiudicare all'uno o all'altro de' compadroni la proprietà esclusiva della cosa fino allora ad essi comune, e la sua sentenza porta seco di pieno diritto il trasferimento della proprietà della cosa aggiudicata (2), supponendo però che questa sia realmente comune a' condividenti, e che non appartenga ad un terzo (3).

§. 286. e. *Della tradizione.*
1. *Nozione.*

Risguardata siccome modo di acquistar la proprietà, la *tradizione (traditio)* (4) poggia in sul principio, che colui al quale il proprietario rilascia il possesso di una cosa, col fine di fargliene acquistar la proprietà, realmente per tal modo l'acquista (5), se tal è la sua intenzione (6).

§. 287. 2. *Delle condizioni della tradizione.*
a. *Della proprietà e facoltà di disporre nello autore della tradizione.*

La proprietà di una cosa non può trasferirsi per via di tradizione, se non da chi sia verace proprietario e libero dispositore di quella. Pertanto, l'alienazione e la tradizion fatta da chi non è proprietario, nessuna proprietà trasferisce a chi riceve la cosa (7); salvo però che questi non ne diventi per avventura proprietario dappoi (8), o pur ch'egli per particolari motivi abbia il dritto di alienar l'altrui cosa (9), com'è il creditore a cui s'è dato pegno (10). Oltre a ciò, richiedesi la libera facoltà di disporre; senza la quale, l'alienazione e la tradizione, tuttochè fatte dal proprietario, sono al tutto nulle e mancanti di effetto (11): così, per esempio, il marito non può alienare il fondo dotale neppur col consenso della moglie, e 'l pupillo non può niente alienare senza l'autorizzazione del suo tutore (12).

(1) Fr. 5, § 1, D. ibid. — fr. 12, § 1, D. XLI, 1. — § 25, J. II, 1.
(2) Ulpiano, XIX, 16. — § 4-7, J. IV, 17. — Const. 3, C. III, 37.
(3) Fr. 17, D. XLI, 3. Giusta il principio: *Inter alios acta et judicata aliis non nocent*. Cod. VI, 60.
(4) Doneau, *Comm.* IV, 15-20.
(5) Const. 20, C. II, 3: « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. »
(6) Fr. 55, D. XLIV, 7.
(7) Giusto la nota regola: *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*: fr. 54, D. X, 17. — fr. 20, pr. D. XLI, 1. Colui che riceve la cosa non altro acquista, supponendo ch'egli sia stato di buona fede, se non il possesso idoneo alla usucapione. — A questa regola fanno eccezione il fisco, il principe e la principessa: i quali trasferiscono di presente la proprietà delle cose altrui, salvo restando il dritto al proprietario di domandare al fisco indennità entro i quattro anni. § 14, J. II, 6. — Const. 3, C. VII, 37.
(8) Fr. 42, D. XLI, 3. All'alienatore, il qual volesse egli stesso ricuperare la cosa, si opporrebbe la eccezione *rei venditæ et traditæ*: fr. 1, pr.; fr. 2, D. XXI, 3. — fr. 72, D. VI, 1. — fr. 17, D. XXI, 2.
(9) Pr. J. II, 8. « Accidit aliquando, ut qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. »
(10) § 1, J. ibid. — fr. 46, D. XLI, 1.
(11) Pr. J. II, 8: « Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit. »
(12) § 2, J. ibid. — fr. 6, D. XLV, 1.

§. 288. b. *Della giusta causa.*

Ma la tradizione dal proprietario fatta di una cosa, non ne trasferisce la proprietà, se non quando ella è preceduta da una *giusta causa (justa causa)* (1), cioè a dire o da un atto legale il qual serva per base al dritto sulla proprietà per parte di chi la riceve (2), o almeno dà un fatto qualunque, pel quale l'autor della tradizione faccia vedere la sua intenzione di trasmettere a un altro la proprietà della cosa (3). Quando le parti hanno realmente la intenzion di trasmettere e di ricevere la proprietà, poco monta che l'una e l'altra abbiano avuto risguardo ad una causa differente (4), eppur che il dolo abbia dato motivo o all'atto medesimo, o alla credenza fatta al compratore (5).

§. 289. 3. *Del modo di tradizione.*

La tradizione debbe aver per effetto di dare un poter sulla cosa a colui che la riceve, e di aggiugnere alla legal possibilità sopra quella, la fisica (6). Il perchè, la tradizione deve esser risguardata come compiuta dal momento di tempo, in cui chi riceve la cosa ha la fisica possibilità di disporne. In dritto, poco rileva di che maniera siffatta facoltà di disporre della cosa sia stata attribuita (§ 251).

Può dunque la tradizione operarsi :

1. Con la rimession della cosa tra le mani di chi deve riceverla.
2. Quando chi fa la tradizione conduce colui che la riceve in sul fondo, ovvero presso di questo, o pure in tal luogo onde si possa il fondo vedere, e sì glielo mostra, dichiarandogli la sua volontà di dargliene il possesso (7).
3. Quando egli depone la cosa mobile innanzi a colui che la riceve ovvero, di costui ordine, nella sua casa *(longa manu)* (8).
4. Quando l'autor della tradizione rimette la cosa a una persona designata da colui che deve riceverla *(brevi manu)* (9).
5. Quando il posseditor di una cosa a nome altrui, acquista il dritto di possederla in proprio nome, di guisa che nè una prima nè una seconda tradizion si richiede (10): la qual maniera i moderni chiamano parimente *traditio brevi manu* (§ 252). Per esempio, quando una cosa è stata data in prestanza, fitto, o deposito, e che alla stessa persona ella è dipoi venduta, donata, o constituita per dote.

(1) Se non vi ha nessuna giusta causa, la tradizione non trasferisce alcuna proprietà. Fr. 31, pr. D. XLI, 1. « Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. »

(2) Se la tradizione è la conseguenza di un *contratto di vendita*, il compratore non divien proprietario per ciò solo, ma si ricerca ch'egli abbia pagato il prezzo, o che il venditore gliene abbia fatto credenza. § 41, J. II, 1. — fr. 19, 53, D. XVIII, 1. — fr. 5, § 18, D. XIV, 4. — fr. 11, § 2, D. XIX, 1.

(3) Per es: § 40, 46, J. II, 1. — fr. 9, § 7, D. XLI, 1. — fr. 5, § 1, D. XLI, 7. —

(4) Fr. 36, D. XLI, 1. — *V.* sopra ciò : Regenbrecht, *Comm. ad L. 36, D. de acquir. dom. et L. 18, D. de rebus cred.* Berol. 1820.

(5) Fr. 11, § 3, 5; fr. 13, § 27, 28, D. XIX, 1 — fr. 9, § 3, D. XLI, 4.

(6) Savigny, *Del possesso*, § 13-28.

(7) Fr. 18, § 2, D. XLI, 2. — fr. 1, § 21, ibid.

(8) Fr. 79, D. XLVI, 3. — fr. 18, § 2, D. XLI, 2.

(9) Fr. 15, D. XII, 1. — fr. 43, § 1, D. XXIII, 3. — fr. 3, § 12, D. XXIV, 1. — fr. 1, § 21, D. XLI, 2. — fr. 11, pr. D. VI, 2.

(10) Fr. 9, § 1, D. VI, 2. — fr. 9, § 5, D. XLI, 1. — § 44, J. II, 1. — fr. 9, § 9, D. XII, 1.

6. Di rincontro, quando chi finora possedeva per sè, dà la proprietà ad un altro e continua a possedere a costui nome; ch' è quello che oggidì si nomina *constitutum possessorium* (§ 258) (1).

7. Da ultimo, la tradizione può eseguirsi con la consegna di tal cosa che faccia possibile il prendimento di possesso, come a dir le chiavi del luogo in cui la roba è rinchiusa. Per esempio, se qualcuno ha venduto le merci da lui riposte in un magazzino, sì tosto ch' egli ha consegnate le chiavi del magazzino al compratore, la proprietà delle merci si trasferisce a costui (2).

I moderni in questo atto non veggono altro che un simbolo della cosa da rilasciarsi, e cosiffatta spezie di consegna nominano *traditio symbolica*, la qual si può similmente fare con altri segni rappresentanti la cosa (3).

§. 290. f. *Della usucapione.*
1. *Nozione e distinzione.*

Si acquista la proprietà di una cosa per *usucapione* (4), col possederla come sua propria per un certo spazio di tempo (5). Secondo il romano dritto novello, essa dividesi in usucapione *ordinaria* (*usucapio* ovvero *longi temporis possessio s. praescriptio*), alla qual si richiedono tre, dieci, o venti anni (6); ed in usucapione *straordinaria*, la qual è di due sorte, una che si compie col decorso di un tempo *determinato* (*praescriptio XXX vel XL annorum; praescriptio longissimi temporis acquisitiva*), l' altra non soggetta a limite alcuno, ch' è la prescrizione immemoriale (*praescriptio immemorialis*).

I moderni denotano ordinariamente questa materia col termine generale di *prescrizione* (il qual vocabolo dal romano dritto non è così generalmente adoperato), e sotto essa comprendono le due specie seguenti :

1. La *prescrizione acquistativa* della proprietà e delle servitù, chiamata presso i Romani *usucapio seu longi temporis possessio*, oggidì *praescriptio acquisitiva*. Noi ragioneremo qui dell' acquisizion della proprietà per usucapione, e nel § 325 dell' acquisizion delle servitù per lo esercizio di esse durante un lungo spazio di tempo.

(1) Const. 28, C. VIII, 54. — Const. 35, § 5, ibid. — fr. 18, pr. D. XLI, 2. — fr. 77, D. VI, 1.

(2) § 45, J. II, 1. — fr. 9, § 6, D. XLI, 1. — fr. 1, § 31, in fine, D. XLI, 2. — fr. 71, D. XVIII, 1.

(3) Du Caurroy critica siffatta espressione: *v.* le sue *Instituzioni spiegate*, sul § 45, II, 1.

(4) Caio, II, 41-61. — Ulpiano, XIX, 8. — Paolo, V, 2. — Cod. Teod. IV, 13. — Inst. II, 6. — Dig. XLI, 3-10. — Codice, VII, 26-40. — Nov. 22, c. 24. — Nov. 119, c. 7. — Nov. 131, e. 6. — Cuiacio, *Comm. ad tit. Dig. de usucap.* nelle sue *Opere*, t. 1. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. 5, c. 4; lib. XI, c. 11-12. — Rave, *De praescriptionibus*. Jenae, 1766. Ed. nov. Halae, 1790. — Thibaut, *Del possesso e della prescrizione*. Halla, 1805. — Dabelow, *Della prescrizione*. Halla, 1805, 1807. — De Wet, *De usucap. et praescript. secund. princ. jur. romani*. Lugd. — Bat. 1810. — Unterholzner, *Della prescriz. per continuazion di possesso*. Breslau, 1815. — Gesterding, *Della proprietà*, § 39. — Ballhorn, *Del dominio*, p. 233, — Dupont, *De praescriptionibus sec. hodierni et rom. jur. praecepta*. Leodii, 1823. — Engelbach, *Dell' usucap. a tempo delle XII tavole*. Marburgo, 1828. — Reinhardt, *Della usucap. e della prescr. del dritto rom.* Stuttgardt, 1832. — Hameaux, *Della* usucapio e *della* longi temp. praescriptio. Giessen, 1835.

(5) Fr. 3, D. XLI, 3: « *Usucapio* est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. »

(6) Questa spezie di occupazione è sorta dal fonder che Giustiniano fè (nella const. 1, C. VII, 31) l'antica usucapion civile insieme con la *longi temporis praescriptio s. possessio* del pretore; di sorta che oggi non è più differenza alcuna tra esse.

2. La *prescrizione estintiva* della proprietà (*praescriptio extinctiva*), così delle servitù ed altrettali diritti pel non usarli (*non usus*), come delle azioni non intentate in tempo utile (*temporis exceptio s. praescriptio*), onde abbiam ragionato ne' §§ 209 e 210.

§. 291. *Delle condizioni generali di ogni usucapione.*

Il concorso delle condizioni seguenti è necessario ad ogni usucapione:

1. Chi vuole acquistar la proprietà di una cosa per via di usucapione, deve senza interruzione tenerne il possesso giuridico (*continua possessio*) (1). L'interrompimento del possesso si chiama *usurpatio*; la qual è naturale (2), quando si è effettivamente perduto il possesso, ovvero civile, quando altri intenti un'azione contro il possessore (3) oppure, assente lui, protesti contro il suo dritto (4).

L' usurpazione civile non interrompe punto l' usucapione inverso gli altri, ma solamente inver l' attore (5).

5. Il possesso debbe esser di *buona fede*: il dritto romano in colui che prescrive richiede la buona fede solamente nel cominciare (*mala fides superveniens non nocet*) (6); nondimeno quando egli acquista il possesso per effetto di un contratto di vendita, egli deve di già essere stato di buona fede nella conclusion del contratto (7).

Bisogna eziandio che il possesso sia durato un certo tratto di tempo determinato, il qual differisce secondo le diverse specie di usucapione. Trattandosi della usucapione ordinaria, lo si computa civilmente (*civiliter*), vale a dir ch' esso è già considerato come compiuto dappoichè l'ultimo giorno è cominciato (8). Alloraquando, durante il tempo necessario per compier la prescrizione, più persone hanno avuto il possesso di una cosa, il tempo del possedimento del predecessore si aggiunge a quello del successore (*accessio possessionis s. temporis*) (9).

Il successore universale non può sottrarsi a cosiffatta accessione di tempo, ed essa gli giova allo stesso modo che gli nuoce. Pertanto, se il defunto è stato di buona fede nell' acquistare il possesso, l' erede può compire la prescrizione, quando bene egli fosse di mala fede. Se per contrario il defunto è stato di mala fede, l' erede non può usucapere, tuttochè sia di buona fede (10).

Il successor particolare può, se vi trnovi suo pro, prevalersi di cotale accessione; ma bisogna che il possesso del suo predecessore sia stato idoneo a fondar la usucapione, e che il suo lo sia parimente. Se il possesso del precessore non è conducevole alla usucapione, esso veramente non profitta al successor particolare, ma similmente non gli fa contro, siccome fa al

(1) Fr. 25, D. XLI, 3.
(2) Fr. 2, 5, ibid.
(3) Const. 10, C. VII, 32. — Const. 1, 2, 10. C. VII, 33. — Const. 3, C. VII, 40. — Const. 2, C. III, 19.
(4) Const. 2, 3, C. VII, 40.
(5) Fr. 18, D. VI, 1. — Const. 2, 3, C. VII, 40.
(6) Fr. 7, § 4; fr. 2, § 13, D. XLI, 4. — fr. 15, § 2, D. XLI, 3.
(7) Fr. 48, D. XLI, 3. — fr. 2, pr. D. XLI, 4. Ma il dritto canonico ricerca la buona fede durante tutto il tempo necessario alla prescrizione. Cap. 20, X, 2, 26: « unde oportet ut qui præscribit, in nulla temporis parte rei h abeat couscientiam alienæ. Cap. 5, X, ibid. — Cap. 2, *de reg. jur. in VIto*.
(8) Fr. 6, 7; fr. 31, § 1, D. XLI, 3. — fr. 15, pr. D. XLIV, 3.
(9) § 12, 13, J. II, 6. — Dig. XLIV, 3. — Cod. VII, 31.
(10) § 12, J. II, 6. — fr. 2, § 19, D. XLI, 4. — fr. 11; fr. 14, § 1, D. XLIV, 6. — Cpr. const. II, C. VII, 32. — fr. 43, pr. D. XLI, 3.

successore universale; ondechè può egli in tal caso, se di buona fede, dare alla usucapione principio nella sua persona (1).

3. È di bisogno tal cosa, la quale possa essere usucatta. Le cose poste fuori del commercio degli uomini (2) sono le sole di cui la usucapione non si compia per alcun decorso di tempo, conciosiach' esse non possano formar l'obbietto di veruna proprietà. Ma sono altre cose, le quali non possono prescriversi per solo un certo tempo: tali sono i beni dotali, che la moglie medesima può ridomandar nel tempo dello scioglimento del matrimonio, ovver della separazion de' beni per inopia del marito, rispetto alla qual sorta di beni l' usucapione non corre durante il matrimonio (3) (4); dipoi, i beni avventizi de' figliuoli, tantochè stanno sotto alla paterna potestà (5); le robe de' pupilli e de' minori, durante la minore età (6); e finalmente le cose rubate e quelle possedute per forza, finattantochè cotale vizio inerente alla cosa (*vitium rei inhaerens*) non sia stato per qualsisia modo purgato (7).

4. Da ultimo, il proprietario della cosa deve essere stato nella possibilità di far valere le sue ragioni di proprietà (*contra non valentem agere non currit praescriptio*) (8); se non, la prescrizione posa (*praescriptio dormit*) tanto, quanto dura la legale impossibilità (9).

(1) § 13, J. II, 6. — fr. 13, § 10, D. XLI, 2. — fr. 14, 15, 16, D. XLIV, 3. — fr. 2, § 17, D. XLI, 4. — Const. 1, 11, C. VII, 33. — Const. 4, C. III, 32.

(2) § 1, J. ibid. — fr. 9, D. XLI, 3.

(3) Crediamo che si sarebbe fatto meglio ad aggiungere: *ovvero la comunione*: corrispondentemente a tutti e due i casi premessi. In fatti la Const. 30, V, 12, qui allegata, specifica anche il secondo caso: « Opulentis quidem maritis, post dissolutum matrimonium; minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit. »

(Il Trad.)

(4) Const. 30, C. V, 12. — Sonovi autori i quali non ammettono siffatta restrizione se non per gli *stabili* dotali e per la usucapione *ordinaria*.

(5) Const. 1, § 2, C. VII, 40. — Nov. 22, c. 24 in fine.

(6) Const. 3, C. VII, 35. « Non est incognitum, id temporis quod in minore aetate transmissum est, longi temporis præscriptioni non imputari: ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem ætatem dominus rei pervenerit. » Pertanto, dal momento che la maggior età comincia, le cose de'già pupilli e minori sono soggette alla usucapione *ordinaria*, stantechè nessuna legge più ne le eccettua. Nondimeno le opinioni sono molto divise sopra ciò. La maggior parte degli autori pretendono che le cose de' pupilli sono affatto imprescrittibili durante la tutela, e che quelle de'minori non possono mai essere acquistate altrochè per la prescrizione di trent'anni. Ma la const. 3, C. VII, 39, la quale si allega, non parla punto della *usucapione*, sì bene della *prescrizion delle azioni*, i cui principj e decorso di tempo sono al tutto differenti. — Su questa materia, *v.* Aless. Danieis, *Comm. de usucapione et præscript. adversus pupillos et minores*. Bonnae, 1827.

(7) Caio, II, 45, 49 seg. — § 2, 3, 4, 8, J. II, 6. — fr. 4, § 6-28, D. XLI, 3. — Pulvaeus, *Ad leg. Atiniam s. de rei furtivæ prohibita usucapione*, nel *Tes.* di Otto, t. IV, p. 327. — Ditmar, *Comm. ad legis Atiniæ de rerum furtiv. usucap., historiam, Interpret., observ. continens*. Heidelb. 1818.

(8) Qui, come altrove, abbiam creduto più chiaro e più regolare il formular questo principio così, che come nel testo si legge: *agere non valenti non currit præscriptio*: perchè sebbene anco questa lezione si possa per avventura giustificar dicendo, esservi il terzo caso usato per quel che i grammatici chiamano dativo d'incommodo, è pur manifesto che non facilmente siffatto significato si presenta alla mente del lettore. La frase da noi anteposta è famigliarissima a' Dottori; alcuno de' quali si serve ancora di quest'altra: *Agere non valenti non imputatur præscriptio*.

(Il Trad.)

(9) Const. 30 in fine, C. V, 12. — Const. 1, § 2, C. VII, 40. — Const. 7, § 4, C. VII, 39. — Cpr. anche la const. 2, 3, C. VII, 40.

§. 293. 3. *Delle condizioni particolari alla usucapione ordinaria* (1).
a. *Una cosa capace* (res habilis).

Oltre alle condizioni generali testè discorse, la usucapione ordinaria richiede ancora il concorso delle condizioni seguenti :

1. La cosa che si vuole acquistar per via della usucapione ordinaria, debbe esser capevole di siffatta specie di usucapione. Tra le cose che tali non sono , vogliono annoverarsi i beni del fisco e quelli particolari del principe (2) ; gli stabili delle chiese e delle instituzioni pie , e secondo il nuovo diritto , quelli delle città (3) ; di ragion canonica , tutte le cose della Chiesa romana , senza distinguer tra mobili ed immobili (4) ; le cose in litigio pendente , le quali il reo voglia prescrivere contro l' attore (5) ; le cose di cui la legge o un testamento divieta l' alienazione (6) ; tutti gli immobili che un possessor di mala fede alieni senza saputa del proprietario, perciocchè se costui , conoscendo il suo diritto e 'l fatto dell' alienazione , ne permettesse il compimento senza protestare , gli immobili sarebbero soggetti , risguardo al terzo possessor di buona fede , alla usucapione ordinaria (7) ; finalmente, i beni avventizi de' figliuoli , alienati dal padre dopo disciolta la potestà paterna (8) , parimente che i *lucra nuptialia* alienati dal padre o dalla madre, mentrechè la proprietà n' è devoluta a' figliuoli (9).

Tutte le dette cose , eccettuate dall' usucapione ordinaria , non possono essere acquistate altro che con la usucapione straordinaria di 30 o 40 anni (§ 296).

§. 293. b. *Un giusto titolo* (justus titulus).

2. La seconda condizion necessaria alla usucapione ordinaria si è il *giusto titolo* (10) , cioè a dire che il possessor della cosa debbe averne acquistato il possesso di un modo conforme al diritto , ed esser convinto ch' egli sia realmente proprietario della cosa , o come i Romani dicono, dev' egli possedere *bona fide pro suo*. Il titolo adunque non può avere a fondamento un atto nullo e senz' alcuno effetto (11). Non dev' esservi errore alcuno rispetto alla *cosa* a cui il titolo si riferisce (12). Se l' errore è nella persona dell' autore , fa luogo esaminar se esso è di dritto oppur di fatto ; il primo forma

(1) Il seguente verso addita quali sono le generali e particolari condizioni della usucapione ordinaria:

Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

(2) § 9, J. II, 6. — fr. 18, D. XLI, 3. — Cod. VII, 38. — Const. 6, C. VII, 39. — Const. 14, C. XI, 61.

(3) Nov. 131, c. 6, comparata alle disposizioni anteriori della const. 23, C. I, 2. — Nov. 9 e 111.

(4) C. 16, 17, C. 16, qu. 3. — Cap. 13, 14, 17, X, 2, 26. — Cap. 2, *de præscriptione in VIto* (2, 13).

(5) Const. 1, C. VII, 33, comparata con la const. 9, C. VII, 39.

(6) Const. 1, 2, C. VII, 26. — Const. 3, § 3, C. VI, 43.

(7) Nov. 119, c. 7. — Auth. *malæ fidei*, C. VII, 33.

(8) Perchè, tanto che dura la potestà paterna, essi non possono essere in modo alcuno usucatti ; sciolta ch'è quella, son soggetti alla usucapione di trent'anni.

(9) Const. 6, § 4, C. VI, 61. — Nov. 22, c. 24.

(10) Const. 24, C. III, 32. — Const. 6, C. VII, 14. — Vi sono parecchi titoli, esempligrazia *titulus pro suo, pro emptore, pro herede vel pro possessore , pro donato, pro soluto, pro adjudicato , pro dote , etc.* V. Dig. XLI, 4-10. — Del titolo *pro herede* in particolare, *V.* G. Elben (Pr. Ed. Schrader), *Diss. de usucapione pro herede.* Tubing. 1823. — Hartmann, *Diss. continens observationes quasdam de titulo pro herede*. Cellis, 1823. — Peucerus, *De pro herede usucapionis natura.*

(11) Fr. 1, § 1, 2, D. XLI, 6. — fr. 26 , pr. D. XXIV , 1. — fr. 44, D. ibid. — Se l'atto è valido, ma solamente rivocabile , la usucapione può correre : fr. 13, pr. ; fr. 33, D. XXXIX. 6.

(12) Fr. 2, § 6, D. XLI, 4.

uno impedimento alla usucapione, ma il simile non è del secondo (1). Finalmente, quando l'error si riferisca alla causa del possesso medesimo, è uopo distinguere: se havvi realmente un titolo, ma diverso da quello la cui mercè si fa ragione di possedere, la usucapione non è mica interrotta (2); se invece nessun titolo vi ha, la usucapione almeno ordinaria non può aver luogo (3).

§. 294. c. *Il tempo richiesto* (tempus).

3. Il possesso debbe esser durato, rispetto a' mobili tre anni, ed agli immobili dieci quando le parti hanno lor domicilio nella provincia medesima (*inter praesentes*), ovvero venti quando lo abbiano in differenti provincie (*inter absentes*) (4). Se siasi posseduto parte tra presenti e parte tra assenti, bisogna per potere opporre la eccezione de' dieci anni, contare in pria gli anni di presenza, e compiere il tempo richiesto col doppio degli anni di assenza, per guisa che due anni tra assenti contano per uno tra presenti (5).

§. 295. 4. *Della usucapione straordinaria di 30 e 40 anni* (6).

Allorchè le generali qualità richieste per qualunque usucapione vi sono, ma una delle particolari condizioni della usucapione ordinaria manca, ha luogo la usucapione *straordinaria*. Però, la buona fede è qui parimenti richiesta, e con essa il possessore acquista dopo 30 o pur 40 anni la proprietà della cosa ed insieme la *rei vendicatio*. Ma essendo egli di mala fede, non può mai *usucapere*, cioè a dir che non può acquistar nè proprietà nè azione, e solamente acquista una eccezione avverso l'azione del proprietario, perciocchè questa con la prescrizione si estingue (7).

Pertanto, si prescrive con trent' anni, quando per le cose soggette alla usucapione ordinaria non si può produrre un giusto titolo (§ 293), ovvero quando, potendosi provare il giusto titolo, la cosa sia del novero di quelle eccettuate dalla usucapione ordinaria (§ 292) (8).

Ma se tutt' e due queste condizioni della usucapione ordinaria mancano, il romano diritto accorda ancora l'usucapione straordinaria di quarant'anni.

§. 296. *Del corso di tempo richiesto per compiere questa usucapione.*

In principio generale, la usucapione straordinaria richiede il decorso di anni trenta: ma questa regola è soggetta ad eccezioni. In fatti, quarant'anni son necessari per prescrivere i beni del fisco e quelli del principe, gli immobili delle chiese e delle instituzioni di beneficenza, e i beni delle città (9):

(1) Fr. 31, pr. D. XLI, 3. — fr. 2, § 15. D. XLI, 4.

(2) Fr. 31, § 6, D. XLI, 3, comparato col fr. 36, D. XLI, 1.

(3) I giureconsulti romani non si accordavano intorno a questa quistione, siccome si può vedere pe' seguenti luoghi: fr. 27, D. XLI, 3. — fr. 6, D. XLI, 7. — fr. 1, pr. D. XLI, 6. — fr. 2, § 2, D. XLI, 4 e fr. 4, 5, XLI, 10. — fr. 48, D. XLI, 3. Ma Giustiniano ha nel § 11, 6, confermata la opinion negativa, digià sostenuta dalla const. 4, C. VII, 29, e const. 4, C. VII, 33. Però, giusta la const. 8, § 1, C. VII, 39, bisogna oggidì ammettere, in questo caso, la usucapione straordinaria.

(4) Const. 12, C. VII, 33. — Const. un. C. VII, 31. — Nov. 119, c. 7.

(5) Nov. 119, c. 8.

(6) Pohl, *Diss. de fatis praescriptionis longissimi temporis*. Lips. 1780. — Koch, *Diss. de praescr. longiss. temporis acquisitiva*. Wirceb. 1807.

(7) Const. 8, § 1, C. VII, 39, comparata con la const. 3, ibid. e la Nov. 119, c. 7.

(8) Const. 8, § 1, C. VII, 39, ma soprattutto Const. 14, C. XI, 61.

(9) Cpr. la const. 14, C. XI, 61.

il dritto canonico richiede anzi un possesso di cento anni per usucapere le cose della Chiesa romana. Le cose constituenti l'obbietto di un processo interrotto, non possono dal reo prescriversi contro l'attore prima di quarant'anni computabili dalla data dell'ultimo atto giudiziario (1).

§. 297. 5. *Della prescrizione immemoriale.*

Abbiamo ancora a ragionar della prescrizione immemoriale (*praescriptio immemorialis*); specie particolare di usucapione straordinaria, della qual ritrovasi già qualche lineamento nel romano diritto (2). Ella si fonda in sul principio, che chi da tempo immemorabile rattrovisi nel non interrotto possesso di una cosa ovvero esercizio di un diritto, è risguardato come s'egli avesse legalmente quella cosa ovvero quel dritto acquistato (3). In sostanza, non altro ella è che una presunzione di legale acquisto, e la si accorda ordinariamente in sussidio, alloraquando a cagion di particolari circostanze non si può ammettere la usucapione nè ordinaria nè straordinaria.

§. 298. 6. *Dell' acquisto de' frutti di una cosa altrui.*

1. Il primo punto da esaminare, quando si tratti di acquistar la proprietà de' frutti di una cosa altrui (4), è di sapere se il possessor della cosa ha il dritto di raccoglierli.

a) Nel caso affermativo, s'egli non ha il possesso giuridico della cosa principale, poniamo ch'ei sia usufruttuario o pur fittaiuolo, egli non acquista la proprietà de' frutti se non che con la raccolta: pertanto, dev'egli operarne una presa di possesso, la quale effettivamente non altro è, che una tradizion de' frutti per parte del proprietario, ed un prendimento per parte dell' acquistante (5).

b) Ma s'egli ha il possesso giuridico della cosa principale, com'è l'enfiteuta, egli acquista la proprietà de' frutti col semplice staccamento, perciocchè allora non ha bisogno alcuno di una presa di possesso (6).

2. Quando, per opposto, il possessor della cosa non abbia il dritto di raccorne i frutti, convien da capo distinguere:

a) S'egli è possessor di buona fede, acquista la proprietà de' frutti, staccandoli; ma questa proprietà medesima è provvisoria di natura sua (7), e gli dà soltanto, al par di qualunque altra proprietà, il dritto di consuma-

(1) Const. 1, C. VII, 33, comparata con la const. 9, C. VII, 39.

(2) Fr. 3, § 4, D. XLIII, 20. « Ductus aquæ, cujus origo *memoriam excessit*, jure constituti loco habetur. » Cpr. fr. 10, pr. D. VIII, 5.—fr. 2, pr. § 8; fr. 26, D. XXXIX, 3.—fr. 28, D. XXII, 3.

(3) Cpr. cap. 26, X, 5, 40.—cap. 1, in *VIto*, 2, 13.—*Bolla d'oro*, tit. 2, § 1.—*Archivj dell'imperio*, an. 1548, § 56, e 1576, § 105.

(4) Doneau, *Comm.* lib. 4, c. 24-26.—Frick, *De jure bonæ fidei possessoris circa fructus e re aliena perceptos.* Helmst. 1769.—De Wolffradt, *Diss. sistens theoriam generalem de acquisitione fructuum.* Gœtt. 1783.—Arens, *Diss. de juris bonæ fidei possessori in fructus ex re aliena competentis legitimo fundamento.* Giess. 1803.—J. T'Serclæs, *Diss. an bonæ fidei possessor fructus percipiendo vel consumendo suos faciat.* Negli *Ann. Acad. Lovan.* 1827, 28, 29.—Savigny, *Del possesso*, § 22, *a*.—Eckenberg, *Diss. de publiciana in rem actione.* Lips. 1821. P. 2. p. 37-68.—Backe, *Diss. bonæ fidei possessor quemadmodum fructus suos facit.* Berol. 1825.—Warnkœnig, *Comm. jur. civ.* t. 1, p. 682; comparato con la *Themis*, t. X, p. 89.—Ferry, *Ibid.* p. 530.

(5) § 36, J. II, 1.—fr. 12, § 5, D. VII, 1.—fr. 13, D. VII, 4.

(6) Fr. 25, § 1, D. XXII, 1.

(7) Fr. 48, pr. D. XLI, 1.—fr. 48, § 6, D. XLVII, 2.—fr. 4, § 19, D. XLI, 3.—fr. 25, § 1; fr. 28, D. XXII, 1.—fr. 13, D. VII, 4.

re il ricolto (1). Pertanto, allorchè il proprietario della cosa ridomanderà i frutti, il possessore non sarà tenuto a restituire i già consumati, ma soli quelli in essere, s'egli non li ha di già fatti suoi per usucapione (2).

b) Se in vece il possessor è di mala fede, non può egli acquistare proprietà veruna de' frutti; ondechè dovrà restituire tutti quanti i frutti ricolti e da ricorre *(fructus percepti et percipiendi)*, ed indennizzare il proprietario de' già consumati (3).

TITOLO III.

DE' DIRITTI DEL PROPRIETARIO.

§. 299. I. *De' dritti del proprietario*, *in generale.*

La proprietà è di natura sua un dritto illimitato ed esclusivo (§ 275).

A. La prima delle dette due qualità dà al proprietario il dritto di disporre secondo sua libera volontà della sostanza della cosa, ed anco distruggerla. Ha egli il dritto di rinunziare alla sua proprietà, sia che in tutto, sia che in parte, ovvero a taluni dritti nella proprietà contenuti, così tra vivi come a causa di morte, e trasferirla ad altrui. Ha parimente il dritto di posseder la cosa, di servirsene, di farne qualunque uso il quale non sia contrario alle leggi, quando anche dovesse con ciò cagionar del danno ad altrui, giusta il generale principio: *Qui jure suo utitur*, *neminem laedit* (4).

B. La seconda qualità della proprietà dà il dritto di escludere ogni altro dall' uso e godimento della cosa propria, quando anche il proprietario non soffrirebbe da ciò verun pregiudizio (5). Similmente ha egli il dritto di difendere la sua proprietà, ed eziandio facoltà di distrugger quelle cose altrui, onde abbia a temer la perdita o qualche pericolo della sua (6). Occorrendo dubbio, la presunzione è mai sempre favorevole alla libertà della proprietà.

Ma la proprietà può sì per l' un rispetto, come per l' altro, esser ristretta; e possono di tal restringimento esser cagione tanto la volontà del proprietario medesimo, quanto la legge.

§. 300. II. *Delle restrizioni legali.*

Alle restrizioni legali della proprietà appartengono, oltre alle alienazioni dalle leggi vietate (§ 193), oltre alle servitù (§ 323, n° 5) ed a' dritti d' ipoteca e di pegno (§ 346-48), quelle che seguono:

1. Il proprietario non può, scavando il suo fondo, mettere immediatamente l' edificio del suo vicino in pericolo (7).

2. Egli deve, nel costruir di nuovo, osservare alcune distanze dalla proprietà del vicino (8).

(1) Fr. 35, D. II, 1.—§ 2, J. IV, 17.—fr. 4, § 2, D. X, 1.—fr. 40 in fine, D. XLI, 1.

(2) Const. 22, C. III, 32, e i luoghi allegati nella preced. nota.

(3) § 35, J. II, 1.—fr. 4, § 19, D. XLI, 3.—Const. 22, C. III, 32.

(4) Fr. 151, 155, § 1, D. L, 17.—fr. 24, § 12, D. XXXIX, 2.—fr. 9, D. VIII, 2.—*V.* nonpertanto il § 300.

(5) Fr. 16, D. VIII, 3.—fr. 13, § 7, D. XLVII, 10. — Const. 11, C. III, 34. — Const. 11, 14, C. IV, 38.

(6) Fr. 1, D. XIV, 2.—fr. 3, § 7, D. XLVII, 9.—fr. 7, § 4, D. XLIII, 24.

(7) Fr. 24, § 12 in fine, D. XXXIX, 2.—Intorno alle costruzioni fatte a fin di nuocere al vicino, v. il fr. 3, pr. D. L. 10.

(8) Fr. 13, D. X, 1.—fr. 14, D. VIII,

3. Non può alzar sulla sua proprietà alcuno edifizio il quale privi l'aia del suo vicino del vento necessario all'uso di quella (1) (2).

4. Il fondo sottoposto è soggettato a ricever l'acqua piovana scorrente dal fondo superiore, ed il proprietario non può con alcuna costruzione impedire lo scorrimento naturale di tali acque. All'incontro, il padrone del fondo di sopra non può, mutando la disposizione de' luoghi, fare scorrere l'acqua in copia maggiore, nè darle un altro corso; perciocchè allora il proprietario sottoposto avrebbe contr'a lui l'azione *aquae pluviae arcendae* (3). Per simigliante modo non si può, neppure in sul proprio, alcun'opera fare a riva un pubblico fiume, la qual muti il corso dell'acqua con detrimento del vicino, e che lo privi dell'uso dell'acqua fiumale (4).

5. Quanto è agli alberi ed altre piantagioni, il roman dritto richiede che sieno sempre posti a qualche distanza dal limite del fondo vicino. S'essi distendono le loro radici nel fondo del vicino, e minacciano danno alle sue fabbriche, debbono, per quanto sia di bisogno, esser tagliati (5). Se i rami di un albero si allungano disopra all'edificio del vicino e gli diventan nocevoli, questi ha il dritto di esigere che il padron dell'albero l'abbatta; e rifiutando costui, può egli stesso tagliarlo, appropriarsene il legno, ed invocare inoltre l'interdetto *de arboribus caedendis*. Ma quando i rami si stendano disopra al campo del vicino, questi può solo dimandar che i rami sieno tagliati fino a quindici piedi da terra *(sublucatio arborum)*; e in caso di rifiuto, può troncarli egli stesso, pigliarsi le legne, ed invocare ugualmente l'interdetto *de arboribus caedendis* (6).

6. Quegli, sopra il cui fondo cadono de' frutti d'in sugli alberi del vicino, deve a costui permettere ogni tre dì *(tertio quoque die)* di farli raccorre; se no, il vicino ha contro del proprietario l'interdetto *de glande legenda* (7) (8).

2. — Const. 9, 11, 12, § 2, C. VIII, 10. Il che accade particolarmente quando si tratti di costruire uno *sterculinium* ovvero una *latrina*. Fr. 17, § 2, D. VIII, 5. — fr. 3, D. XXXIX, 3.

(1) Il qual è di battervi e distendervi il grano, perchè il vento ne severi e porti via la paglia. *(Trad.)*

(2) Const. 14, § 1, C. III, 34. Questa legge deve egualmente intendersi de' molini a vento, quando la nuova costruzione tolga al molino il vento che lo fa andare.

(3) Fr. 1, § 1, 2, 18, 22, 23, D. XXXIX, 3.

(4) Fr. 1, § 1-7, D. XLIII, 13. — fr. 3, § 1, D. XLIII, 20. — fr. 1, § 11, D. XLIII, 21. — fr. 1, § 4, D. XXXIX, 3. — fr. 17, D. VIII, 3. — Const. 2, C. III, 35. — Const. 4, 7, C. III, 34. — Non è il medesimo in quanto alle acque private ed a' ruscelli. Sul dritto delle acque in generale, tanto *jure dominii* quanto *jure servitutis*, V. Biener, *Interpr. et respons.* cap. 24, Lips. 1825, e il vol. 2° de' suoi *Opusc.* — Gunther, *De jure aquarum*. Lips. 1829, e 30. Hoffmann, *Quali fiumi son pubblici, quali no? Vers. in Bearb.* — Weiske, *Quæst. jur. civ.* Zwickav. 1831.

(5) Fr. 13, D. X, 1. — fr. 6, § 2, D. XLVII, 7. — Const. 1, C. VIII, 1.

(6) Dig. XLIII, 27. — Paolo, *Sent. rec.* V, 6, 13. — Andreas, *Diss. ad tit. Dig. de arborib. cæd.* Jenæ, 1818. — Sonovi al contrario di molti autori, i quali reputano che il padron dell'albero è obbligato di far tagliare del tutto i rami stendentisi in sul podere del vicino, quando questi il vuole; e che quel tanto dell'albero che sorpassi l'altezza di quindici piedi da terra, si deve atterrare: secondo la qual sentenza i soli primi quindici piedi dell'albero posson restare (a). *V.* Kirsten, *De coercitione arborum in fundum vicinalem propendentium*, Gœtt. 1820. — Lang, *Ad leg. 1, § 7-9, D. de arb. cædendis*. Heidelb. 1823. — Eichstadt, *Spicilegium observ. ad tit. Dig. de arb. cæd.* Jenæ 1825.

(7) Dig. XLIII, 28.

(8) Possono i curiosi veder quanto, tra

(a) Seguita la nota, entro parentesi, così: *Ut quindecim pedes altius a terra rami arboris circumcidantur.* Ma tale allegazione contenendo proprio il contrario di quella opinione, in sostegno della quale si fa, eppetò parendoci chiaro che qualche errore sia corso, crediamo meglio di farne sol questo ricordo. *(Trad.)*

§. 301. III. *De' diritti de' compadroni.*

Quando la proprietà di una cosa è comune a più (§ 275), ciascun di essi ha dritto a' frutti dalla cosa provvenienti, secondo la sua porzione, e ciascuno può altresì impiegarla in quell' uso al quale essa è destinata. Ma nessun de' compadroni non può, senza il consentimento di tutti gli altri, disporre nè della cosa tutta quanta, nè di una corporal parte determinata (1), eccetto il caso in cui siffatto disponimento fosse necessario alla conservazion della cosa (2), o che non portasse agli altri il menomo pregiudizio (3). Ciascun de' compadroni è libero di alienar la sua parte intellettuale nella cosa, a quel modo che gli conviene ed a chi che sia (4); come pure ha il dritto di domandare in qualunque tempo lo spartimento effettivo della cosa. L'azione dal romano dritto accordatagli per tale effetto, si chiama *communi dividundo* (5).

§. 302. IV. *Delle azioni.*
Della rei vindicatio.

Il proprietario è in dritto di proseguire in giudizio la sua proprietà nella cosa, contro chiunque la distenga. L'azione che per ciò gli compete, chiamasi *rei vindicatio*, *azione per ricuperazione* (6).

1. Ma tale azione non si aspetta se non al verace proprietario della cosa (7), e questa è pur la ragione che obbliga l'attoro a recar la pruova della sua proprietà. S'egli pretende avere acquistato la proprietà della cosa per via di tradizione, deve ancora provare che chi gliela ha fatta, era proprietario della cosa (§ 288) (8). L'azion per ricuperazione non è per altro accordata al vero proprietario, se non quando egli non è in possesso della cosa (9).

2. Il reo si è colui il quale possiede la cosa e ne contrasta la proprietà all' attore, poco importando ch'egli si trovi effettualmente in possesso, o che in dritto sia risguardato come tale (*fictus possessor*, § 249) (10). Se il reo nega falsamente il possesso, e questo gli è provato, egli è tenuto, per sua pena, di rilasciare il possesso all' attore (11). Ma chi possegga sol-

non pochi altri, questo passo sia storpiato nella traduzion francese, secondo la quale il pretore avrebbe ordinata cosa al tutto contraria al senso comune, nè mai da lui o da giureconsulto alcuno sognata: *E ciò che fa la prima, l'altre fanno.... Semplici e quete, e lo perchè non sanno.* *(Trad.)*

(1) Fr. 28, D. X, 3. Adunque la pluralità delle voci nulla decide. Const. 1, 4, C. IV, 52.

(2) Fr. 52, § 10, D. XVII, 2. — Const. 4, C. VII, 10.

(3) Per es: fr. 13, § 1, D, VIII, 2.

(4) Const. 3, C. IV, 52. — Cpr. fr. 68, pr. D. XVII, 2. — fr. 28, D. X, 3.

(5) Dig. X, 3. — Cod. III, 37 e 38. — § 3, J. III, 27 (28).

(6) § 1, J. IV, 6. — Dig. VI, 1. — Cod. III, 32, e 19, — Doneau, *Comm.* XX, 1-7. Gluck, *Comm.* 8.ª parte, § 576-92. — Gesterding, *Vom Eigenthume* § 41-50. — Schweppe, *Rœm privat.* t. 2, § 267-75. — Puchta, *Von den Klagen*, § 79-74.

(7) Fr. 23, pr. D. VI, 1. — Abbia egli la piena o la nuda proprietà, è tutt'uno: fr. 23, pr. ibid.

(8) A cagion de' fr. 20, pr. D. XLI, 1; fr. 54, D. L, 17. — Doneau, *Comm.* XX. 2.

(9) § 2 in fine, J. IV, 6. — fr. 12, § 1, D. XLI, 2. — Cpr. Teofilo, sul citato § 2. — Cuiacio *Observ.* VII, 39. — Saulling; *De interpretatione verborum in fine* § 2, *J. de act.* « sane uno casu, etc. Wircerb. 1788.

(10) Fr. 9, D. VI, 1. Cpr. fr. 27, pr. § 3; fr. 55, ibid. — fr. 131; fr. 157, § 1, D. L, 17. — § 1, J, IV, 6.

(11) Fr. 80, D. VI, 1. — La stessa pena incorresi, giusta la Nov. 18, c. 10, allora che il reo, senza negar la detenzione ovvero il possesso, sostiene solamente la cosa non appartenere alla terza persona designata dall'attore; e costui prova il contrario.

tanto in nome di un altro deve, quando egli è convenuto, nominare il vero possessor della cosa, acciò l' attore possa contro di quello rivolgersi; il che chiamasi *nominatio auctoris s. laudatio domini*: e se il reo rifiuta di fare questa designazione, è tenuto egli medesimo, siccome *fictus possessor qui liti se obtulit* (1).

3. L' obbietto dell' azione può essere una cosa individuale, o anco una universalità di cose medesime, ma non già tutto un patrimonio risguardato come tale, per esempio un peculio ovvero una eredità (2).

4. L' azione ha per fine di far dichiarare l' attore proprietario della cosa, e condannare il reo a restituirla insieme con ogni sua appartenenza (*cum omni causa*) (3). Quanto è a' frutti, il possessor di mala fede dovrà restituire tutti quelli ch' egli ha raccolti o avrebbe potuto raccorre fino al momento della contestazion della lite; e da questo momento in poi, dovrà egli render conto di tutti quelli che l' attore avrebbe potuto raccogliere, se fosse stato in possesso della cosa. Il possessor di buona fede, invece, non deve restituire i frutti raccolti innanzi alla contestazion della lite, se non in quanto egli non li abbia consumati ovvero prescritti (§ 298); e dal momento che l' azione è stata intentata, dev' egli render conto ovvero indennizzare di tutti quelli da lui raccolti o che avrebbe potuto raccorre (4).

5. Dall' altro lato, l' attore è anch' esso tenuto a talune prestazioni inverso il reo. In regola generale, non dev' egli veramente rimborsargli il prezzo pel quale ha acquistato la cosa (5); ma se, durante il suo possesso, il reo ha fatte delle spese per quella (6), è d' uopo esaminarne la natura: se le spese son necessarie (*impensae necessariae*), qualunque reo può esigerne la rimborsazione, o che sia possessor di buona o che di mala fede (7); se utili (*impensae utiles*), il possessor di buona fede può generalmente ridomandarle, ma quello di mala fede ha soltanto il dritto di ritirare e conservare il guadagno provvenutone; se finalmente le spese sono voluttuarie (*impensae voluptuariae*), qualunque reo non ha che il dritto di toglimento, in tanto ch' egli non danneggi la cosa principale, e quando il proprietario voglia indennizzarlo, neppur quel dritto può esercitare (8). Del resto, il reo non altro ha, per detto suo ritogliere, che un dritto di ritenzione, e non punto un' azione (9).

(1) Const. 2, C. III, 19, comparata col fr. 25; fr. 7, pr. D. VI, 1.

(2) Fr. 1, pr. § 3; fr. 2; fr. 3, pr. § 1; fr. 56, D. VI, 1. — Possono eziandio degli atti, per esempio un testamento ovvero una ricognizione scritta, esser l'obbietto di una azion di ricuperazione. Fr. 3, D. XXIX, 3 (a).

(3) Fr. 17, § 1; fr. 20; fr. 23, § 2-4, D. VI, 1.

(4) Const. 22, C. III, 32. La ragione è perchè il possessor di buona fede, dal momento che l'azione è intentata, si risguarda come di mala fede: fr. 25, § 7, D. V, 3. — fr. 17, § 1; fr. 33, D. VI, 1. — § 35, J. II, 1. — fr. 48, pr. D. XLI, 1. — fr. 25, § 1, D. XXII, 1. — fr. 4, § 19, D. XLI, 3.

(5) Const. 3, 23, C. III, 32. — Const. 2, C. VI, 2. Il reo deve rivolgersi contro al suo autore: Const. 16, C. VIII, 45. — Const. 1, C. III, 19. Quanto alle eccezioni a questa regola, *v.* la const. 16, C. V, 71. — fr. 6, § 8, D. III, 5. — fr. 6, D. XLIX, 15.

(6) Le spese fatte pe' frutti non sono restituite al possessore, se non quando egli è tenuto alla restituzione di quelli. fr. 36, § 5, D. V, 3. — fr. 46, D. XXII, 1.

(7) Const. 5, C. III, 32. Eccetto che il ladro, il quale non può dimandar rimborsazione: fr. 13, D. XIII, 1. — Const. 1, C. VIII, 52.

(8) Fr. 27, § 5; fr. 37, 38, D. VI, 1. — fr. 38, D. V, 3. — fr. 9, D. XXV, 1. — Const. 5, C. III, 32.

(9) Fr. 23, § 4; fr. 27, § 5; fr. 48, D. VI, 1. — fr. 4, § 9; fr. 24, D. XLIV, 4. — fr. 14, § 1, D. X, 3. — fr. 33, D. XII, 6.

(a) Il citato frammento parla del solo testamento: forse per ricognizione intendesi quella di un debito, o pur quella delle operazioni di un falso procuratore, onde trattano le Pandette nel titolo delle Ratificazioni. (*Trad.*)

§. 303. B. *Della* publiciana in rem actio.

Oltre all' azion di ricuperazione stabilita dalla civil ragione, il dritto pretorio un' altra ne accorda, introdotta per fine di proseguire una cosa di buona fede acquistata per via di tradizione: la quale azione chiamasi *publiciana (publiciana in rem actio)*, del nome di quel pretore che fu primo ad inserirla nello Editto (1).

1. Fu essa primieramente introdotta ed accordata a colui il quale, avendo per giusta causa seguitata da tradizione acquistato il possesso appropriato alla usucapione, aveva siffatto possesso perduto innanzi che la usucapione non fosse compiuta (2). Nondimeno il vero proprietario può eziandio invocarla, allor ch' egli non può provare la sua proprietà, e che la tradizione conforme al diritto è la base del suo possesso. Perchè l' azione possa intentarsi, bisogna che la cosa sia di natura tale, da poter essere acquistata mediante usucapione (3).

2. L' azione non può esser diretta se non contro tal possessore della cosa, il possesso del quale non sia buono quanto quello dell' attore: per conseguenza, essa è negata contro il possedente ad *usucapionem*, ed a più forte ragione, contro il vero proprietario (4).

3. Lo scopo dell' azion publiciana è di domandar la restituzione della cosa con tutto quanto vi appartiene *(cum omni causa)* e i suoi effetti sono i medesimi che quelli dell' azione per ricuperazione (5).

§. 304. C. *Della eccezione* rei venditae et traditae.

Una eccezione molto notabile, la quale in romano dritto il reo può opporre all' attore ridomandante il suo per mezzo dell' azione per ricuperazione ovvero della publiciana, si è la eccezione *rei venditae et traditae* (6).

1. Ella ha per base la seguente regola generale, *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*: ch' è la ragione perch' essa presentasi sotto la forma di una eccezione di dolo (7).

2. È accordata al reo in tutti i casi ne' quali egli ha ricevuto la cosa in forza di un atto obbligatorio per l' attore (8).

(1) § 4, J. IV, 6. — Dig. VI, 2. — Doneau, *Comm.* XX, 8. — Gluck, *Comm.* 8. parte, § 593, — Schœman, *Handbuch des civilr.* 2, 47. — Gesterding, *Vom Eigenthume*, § 51, — Schnaubert, *Diss. sistens observ. ad L. 1, pr. D. de publ. in rem. act.* in *Ann. Acad.* Lugd. — Bat. 1816. — Schollært, *De public. in rem. act.* Lovan. 1820. — Eckenberg, *Diss. de public. act.* Lips. 1821. — Guyet, *De publ. in rem act.* Heidelb. 1823, — Puchta, *Von den Klagen*, § 75.

(2) Caio, IV, 36. — § 4, J. IV, 6. — fr. 1, pr. D. VI, 2: « Ait prætor: si quis id, quod traditur ex justa causa (,) non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo. » Cpr. fr. 3, § 1; fr. 4; fr. 5; fr. 7, § 16, 17; fr. 13, pr. D. ibid.

(3) Fr. 9, § 5, D. VI, 2. « Hæc actio in his, quæ usucapi non possunt, puta furtivis, vel in servo fugitivo, locum non habent. » Cpr. col fr. 12, § 2, D. ibid. « In vectigalibus et aliis prædiis quæ usucapi non possunt, publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. » Vinnius, *Select. quæst.* 1, 27.

(4) Fr. 16, 17, D. VI, 2, e fr. 1, pr. D. ibid., se seguitando il codice fiorentino, non si mette la virgola dopo *domino*, ma dopo *causa*..

(5) Fr. 7, § 8, D. VI, 2.

(6) Dig. XXI, 3. — Gluck, *Comm.* 2. parte, § 1128. — Van Ertryck, *De exceptione rei venditæ.* Lovan. 1824. — Albert, *Observ. quædam de except. rei venditæ et traditæ.* A. Gœtt. 1824. — Michelsen, *Dissert. de exc. rei vend. et trad.* Berol. e Heidelb. 1825.

(7) Fr. 17, D. XXI, 2. — Const. II, C. VIII, 45.

(8) Per es: fr. 1, D. XXI, 3. — fr. 17, D. XXI, 2. — fr. 72, D. VI, 1. — Const. 14, C. III, 32. — Const. 14, C. VIII, 45.

3. Ma essa suppone sempre un atto valido ed obbligatorio, perchè altrimenti l'attore potrebbe respingerla con la *replica doli* (1).

4. Finalmente, la si trasmette attivamente e passivamente, non solo agli eredi, ma eziandio a' successori a titolo particolare di quella persona alla quale o contro la quale essa era data in principio (2).

TITOLO IV.

COME SI PERDA LA PROPRIETA'.

§. 305. I. *Per la volontà del proprietario.*

La proprietà cessa di volontà del proprietario, quando egli abbandona la cosa, senza trasmetterla altrui (3), ovvero quando egli ne trasferisce la proprietà ad un altro (4).

§. 306. II. *Contro la volontà del proprietario.*

La proprietà si perde contro voglia del proprietario, quando la cosa perisce, o pur cessa di esser nel commercio (5); quando altri l'acquista malgrado del proprietario, mediante specificazione, accessione, aggiudicazione ovvero usucapione; quando la bestia selvatica da talun pigliata, ricupera la sua libertà, ovvero la dimesticata perde l'usanza del tornare (6); quando il nimico ha ripigliato il bottino già fatto sopra lui (7). Ma la proprietà non si estingue per la morte del proprietario; ma solamente passa a' suoi eredi.

(1) Fr. 32, §2, D. XVI, 1.—fr. 7, § 6, D. XLI, 4.—Const. 16, C. V, 71.

(2) Fr. 1, § 2; fr. 3, D. XXI, 3.—Const. 14, C. III, 32.

(3) § 47, J. II, 1.—fr. 2, § 1, D. XLI, 7.—fr. 17, § 1, D. XLI, 1.

(4) Fr. 31, pr. D. XLI, 1.—Const. 20, C. II, 3.

(5) Fr. 23, D. VII, 4.—fr. 1, § 5, 7, D. XLIII, 12.

(6) § 12, 15, J. II, 1.—fr. 4; fr. 5, § 5, D. XLI, 1. Questa regola non si applica agli animali dimestici (a): fr. 5, § 6, D. ibid.

(7) § 17, J. II, 1.—fr. 5, § 1; fr. 19, pr.; fr. 30, D. XLIX, 15.

(a) Perchè questi non si reputano non appartenere a nessuno, e perciò in essi non ha luogo la occupazione. Ondechè se alcuno si avrà pigliato la mia gallina, oca, pecora ec., sarà soggetto all'azione di furto: ed il medesimo è di chi sottragga l'animal dimesticato, prima che questo abbia perduto l'usanza di ritornar presso di me, perchè tanto che quella usanza dura, egli è mio. E tra l'animal dimestico e'l dimesticato è questa differenza, che la dimestichezza del primo è da natura, quella del secondo è per assuefazione.

(*Trad.*)

CAPITOLO III.

DELLE SERVITU' (1).

TITOLO I.

NOZIONI E PRINCIPJ GENERALI INTORNO ALLE SERVITU'.

§. 307. I. *Della libertà della proprietà di una cosa.*

La libertà della proprietà di una cosa *(libertas rei)* consiste nel godimento, senza restrizione alcuna, della proprietà di quella, e nello esercizio di tuttiquanti que' dritti che la natura legale della proprietà comporta. Cosiffatta libertà si manifesta, come già disopra abbiamo veduto (§ 299), per due differenti guise:

1. Perciocchè, da un lato, il proprietario può *fare* tutto quello a che le sue ragioni di proprietario l'autorizzano, senza dover generalmente darsi pensiero del pregludizio o degli inconvenienti che ne potrebbero altrui derivare (2).

2. D'altra parte, non è egli tenuto di *soffrire* che un altro si serva della cosa sua o pur ne ritragga alcuno avvantaggio, quando anche con ciò non gli recherebbe nessun pregiudicio (3).

Sittostochè la libertà della proprietà di una cosa, o che per l'un rispetto o che per l'altro, è ristretta da un dritto appartenente altrui che al proprietario, questa cosa si dice *servire*, *res servit* (4).

§. 308. II. *Della servitù di una cosa.*

La libertà naturale della proprietà di una cosa, ristretta da particolari diritti staccati dalla proprietà e concessi ad un altro, forma dunque la *servitù della cosa (servitus rei)*, nell'originario sentimento della parola. Questi dritti consistono in ciò che il proprietario della cosa è soggettato, a pro di colui al quale sono accordati, a *non fare* o pur *soffrire* tal cosa ch'egli sarebbe in dritto di fare o non tenuto di soffrire, nella sua qualità di pro-

(1) FONTI: Caio, II, 28-33.—Inst. II, 3, 5.—Dig. VII, e VIII.—Cod. III, 33, 34.
BIBLIOGRAFIA: Doneau, *Comm.* IX, 21 e 22; X; XI.—Merillius, *Comm. in tit. Dig. de servitutibus*; in Otto. *Thes.* 3, p. 613.—Janus Acosta, *Comm. præl. ad tit. Dig. de serv.* in Meermani *Thes.* 1, p. 697.—D'Avezan, *Servitut. lib.* Aurel. 1650, ed in Meerm. *Thes.* 4, p. 119.—Westphal, *De libertate et servitutibus prædiorum*. Lips. 1773.—Zachariæ, *Delle servitù nel rom. dritto*; nel *Mag. civ.* di Hugo, t. 2, n° 15.—Munter, *Delle servitù*, 2 parti. Annover, 1806, 1810.—Gluck, *Comm.* 9. e 10. parte, fino al § 696.—Luden, *Delle servitù*. Gotha, 1837.

(2) Fr. 151, 155, § 1, D. L, 17.—fr. 24, § 12, D. XXIX, 1.—fr. 9, 14, D. VIII, 2.

(3) Fr. 13, § 7, D. XLVII, 10.—fr. 16, D. VIII, 3.—Const. 11, C. III, 34.

(4) Fr. 5, § 9, D. XXXIX, 1: « Cum quis jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est si servitutem ædibus suis imposuit. » —Una cosa libera da qualunque servitù, si chiama *res optima maxima*: fr. 90, 169, D. L, 16.—Cic. *de leg. agrar.* III, 2.

prietario. Altronde, si chiamano parimente *servitù (servitutes)* i dritti fondati sopra la servitù di una cosa, e questo è l'intendimento ordinario della parola (1).

§. 309. III. *Principj generali intorno alle servitù.*

I seguenti principj generali derivano dalla nozione di servitù in genere :

1. La servitù, la qual è un dritto staccato dalla proprietà medesima della cosa, non può essere altro che sulla *cosa corporale* di altrui : onde la regola del romano dritto *res sua nemini servit* (2), cioè a dire che nessuno può aver servitù alcuna in sulla cosa sua propria ; e *servitus servitutis esse non potest* (3), cioè che dovendo la servitù esercitarsi sopra cosa *corporale*, non può avere ad obbietto un'altra servitù, ch'è cosa *incorporale*.

2. La servitù consiste, per parte del proprietario, in *non fare (in non faciendo*; oggi *servitus negativa)*, o in *soffrire* alcuna cosa *(in patiendo* ; oggidì *servitus affirmativa)* : essa non può mai consistere in *un fatto (in faciendo)* al quale il proprietario sarebbe tenuto inverso altrui. Può veramente il padron di una cosa obbligarsi ad un fatto relativo ad essa, in vantaggio del suo vicino ; ma con ciò non darebbe egli luogo a dritto alcuno sulla cosa, ma solamente ad un rapporto di obligazione (4).

3. La servitù dee procurare un vantaggio alla cosa ovvero alla persona a cui è dovuta (5).

4. Essa ingenera un dritto reale in sulla cosa servente, e può essere esercitata contro qualunque possessore di questa (6).

5. Nel dubbio, non si presume mai che una cosa serva (7) : lo stabilimento di una servitù dev'esser sempre strettamente interpetrato, e l'esercizio dev'esserne fatto nella maniera prescritta e generalmente la men gravosa pel proprietario (8).

6. Solo chi realmente sia proprietario della cosa, o che ne abbia il dominio utile, può gravarla di una servitù (9).

TITOLO II.

DELLE DIVERSE SPECIE DI SERVITU'.

§. 310. *Divisione delle servitù in generale.*

In ordine al subbietto, a pro di cui sono stabilite, le servitù si dividono:

1. In servitù *personali*, *servitutes personarum s. nominum* ovvero *servitu-*

(1) § 3, J. II, 2. — Inst. II, 3. Intorno alla idea dal romano diritto annessa generalmente a *servitus* e *jus in re aliena*, *v.* Savigny, *Besitz*, p. 97.

(2) Fr. 5, pr. D. VII, 6. — fr. 24, D. VIII, 2. — fr. 78, pr. D. XXIII, 3. — Ma uno de' compadroni può avere una servitù sopra la cosa comune, fr. 10, D. VII, 9. — fr. 8; fr. 27, pr.; fr. 40, D. VIII, 2.

(3) Fr. 1, D. XXXIII, 2. — fr. 33, § 1, D. VIII, 3.

(4) Fr. 15, § 1, D. VIII, 1: « Servitutum non ea natura est, *ut aliquid faciat quis* (veluti viridaria tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat): *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* » — fr. 6, § 2, D. VIII, 5. — fr. 81, § 1, D. XVIII, 1.

(5) Fr. 15, pr. D. VIII, 1. — Il fr. 19, D. ibid. non è contrario.

(6) Fr. 20, § 1, D. XLI, 1. — fr. 5, § 9, D. XXXIX, 1.

(7) Fr. 13, § 1, D. VIII, 4. — Const. 9, C. III, 34.

(8) Fr. 20, § 5, D. VIII, 2 — fr. 4, § 1, 2; fr. 5, § 1, D. VIII, 1. — fr. 24; fr. 33, § 1, D. VIII, 3.

(9) Fr. 2, D. VIII, 1. — fr. 1, pr. D. VII, 4. — fr. 1, § 9, D. XLIII, 18. *V.* i §§ 323 e 324.

tes personales (1), costituite a pro di una determinata persona, con la cui morte si estinguono (2).

2. E *servitù di poderi* ovvero *reali*, *jura s. servitutes praediorum s. rerum* (3) o semplicemente *servitutes* (4), costituite a pro di uno stabile; il qual è allora considerato come il soggetto a cui la servitù appartiene, ed ogni possessor dello stabile la può esercitare.

§. 311. I. *Delle servitù personali.*

Comune proprietà di tutte le servitù personali è questa, ch' essendo esse diritti essenzialmente personali, non possono esser separate dalla persona a cui sono state concesse (5), e con la morte di questa si estinguono (6), se non sono state espressamente concedute per essa e suoi eredi (7). Il dritto romano annovera tra le personali servitù: l' *usufrutto* (*ususfructus*) e l' *uso* di una cosa altrui (*usus*); il *dritto di abitazione* (*habitatio*) nell' altrui casa; e il *lavoro dello schiavo e dell' animale* di un altro (*operae servorum et animalium*).

§. 312. A. *Dell' usufrutto.*
1. *Nozione dell' usufrutto.*

L' usufrutto (*ususfructus*) (8) è un dritto reale sopra una cosa della quale un altro ha la proprietà, pel quale noi abbiamo il dritto di raccogliere tutti i frutti della cosa e generalmente di servircene e di usarla, con obligo però di conservarne la sostanza (9). Uopo è dunque guardarsi di confondere l' usufrutto, che è il dritto di usare e godere la cosa altrui (*re aliena*), col dritto di godimento del proprietario: conciosiachè l' uso ed il godimento non sieno un dritto speciale, se non per coloro a' quali la cosa non appartiene; altrimenti, questi diritti confonderebbonsi con la proprietà medesima e non ne sarebbono altro che la conseguenza (*nulli enim sua res servit*) (10).

Quegli al quale il dritto di usufrutto appartiene, dicesi *fructuarius*, ovvero *usufructuarius*, *usufruttuario*; il proprietario della cosa, il qual ne serba solo la nuda proprietà (§ 273) (11), chiamasi *proprietarius s. dominus proprietatis*; e la cosa medesima, *res fructuaria*.

§. 313. 2. *Dell' obbietto dell' usufrutto.*

L' usufrutto, il qual non dà dritto alcuno di disporre della sostanza della cosa e per conseguenza di consumarla, non può altro obbietto avere che una cosa corporale, la qual non si consumi usando, e che per altro può

(1) Fr. 1, § 15, D. III, 1.—fr. 8, § 3, D. XXXIV, 3.

(2) § 3, J. II, 4.—pr. J. II, 5.—fr. 3, § 3, D. VII, 4.

(3) § 3, J. II, 3.—fr. 1, § 1, D. VIII, 4.—fr. 1, D. VIII, 1.

(4) Per esempio, nella rubrica del Digesto « *de servitutibus* », VIII, 1, e generalmente in tutto questo titolo, come dovunque il vocabolo *servitus* è posto assolutamente.

(5) § 3, J. II, 4.—fr. 66, D. XXIII, 3. fr. 15, D. X, 2.—Fr. 37, D. VIII, 3.

(6) § 3, J. II, 4.— pr. J. II, 5.— fr. 3, § 3, D. VII, 4.— Const. 3, pr.; const. 12, pr.; const. 14, C. III, 33.

(7) In questo caso egualmente la servitù si spegne con la morte di quello a cui è concessa, ma ella rivive nella persona del suo erede: fr. 37, § 12, D. XLV, 1.

(8) Inst. II, 4.—Dig. VII, 1.—Codice, III, 33.—Paolo, III, 6, § 17-26.—*Fragm. vatic.* tit. *de usufr.*—Noodt, *De usufr.* nei suoi *Opusc.* t. 1.—Galvanus, *De usufr.* Genev. 1617. Ed. nov. Tubing. 1788.—Doneau, *Comm.* X.

(9) Pr. J. II, 4.—fr. 1, D. VII, 1.

(10) Fr. 5, pr. D. VII, 6.—fr. 78, pr. D. XXIII, 3.

(11) § 1, J. II, 4.

esser sì mobile che immobile (1). Il medesimo era nel dritto romano antico, ma più tárdi fu per analogia ammesso un usufrutto di cose consumantisi con l'uso, e quindi è venuta la distinzione tra l' *usufrutto vero (verus ususfructus)* ed il *quasi usufrutto (quasi-ususfructus)* (2). Finalmente la idea di usufrutto fu estesa all' uso di tuttoquanto un patrimonio o di una porzione di patrimonio *(ususfructus omnium s. partis bonorum)*. In tal caso, lo si esercita, dedotti i debiti, su tutte le singole parti del patrimonio, e deve considerarsi come usufrutto vero in quanto alle cose corporali e che non si consumino, e come quasi usufrutto in quanto a tutte le altre componenti il patrimonio (3).

§. 314. 3. *De' dritti e delle obbligazioni dell' usufruttuario.*

A. I dritti dell' usufruttuario vero sono i seguenti:

1. Può egli adoperar la cosa a quell' uso e per quel godimento a' quali ell'è destinata per la sua forma, salva però la sostanza, senza essere obligato di restrignere cosiffatto uso e godimento a' suoi personali bisogni (4). Egli ha pertanto il dritto di cogliere tutti i frutti pendenti (5) al cominciar dell' usufrutto, e tutti quelli nascenti nel durare di quello (6); però, non li fa suoi, se non dopo che gli ha colti, e per conseguenza tutti quelli non per ancora colti al finir dell' usufrutto, non s' aspettano a' suoi eredi, ma li acquista il proprietario (7).

2. Egli esercita tutte le servitù appartenenti alla cosa (8).

3. Può egli cedere l' esercizio dell' usufrutto ad un altro, sia che a titolo oneroso, sia che a titolo gratuito (9): ma il dritto medesimo di usufrutto, inseparabile dalla sua persona, può da lui esser restituito al proprietario, ma non mai trasferito ad un terzo (10).

B. Le obligazioni dell' usufruttuario sono:

1. Egli porta tutti i pesi e tutte le imposte gravanti la cosa (11).

2. Dev' egli servirsi della cosa a modo di buon padre di famiglia e conservarla in buono stato, perciocch' egli è obligato inverso il proprietario di

(1) Pr. § 1, J. II, 4. — fr. 2, D. VII, 1.

(2) § 2, J. ibid. — Dig. VII, 5. — *V.* intorno a ciò, più sotto, il § 315.

(3) Fr. 24, pr.; fr. 37; fr. 43, D. XXXIII, 2. — fr. 39, § 1, D. L, 16. — Const. 1, C. III, 33.

(4) Il dritto romano contiene, intorno a ciò, gran numero di particolari disposizioni. *V.* per es: § 37, J. II, 1. — fr. 9, § 7, fr. 10; fr. 12, pr.; fr. 13, § 5; fr. 18, D. VII, 1.

(5) Fr. 27, pr. D. VII, 1.

(6) Fr. 59, § 1, ibid. — fr. 25, § 1, D. XXII, 1.

(7) § 36, J. II, 1. — fr. 13, D. VII, 4. — fr. 12, § 5, D. VII, 1. — fr. 25, § 1, D. XXII, 1. — fr. 8, D. XXXIII, 1. — *V.* il § 160 e sue note, e particolarmente il § 298: rispetto a' *frutti civili*, *v.* il fr. 58, pr. D. VII, 1.

(8) Fr. 1, pr.; fr. 5, § 1, D. VII, 6, comparato col fr. 1, § 20; fr. 2, D. XXXIX, 1. — fr. 1, § 4, Dig. XLIII, 25.

(9) Fr. 12, § 2, D. ibid., comparato co' fr. 38, 39, 67, D. ibid. — Const. 13, C. III, 38. — L'usufrutto può eziandio essere ipotecato: fr. 11, § 2, D. XX, 1,

(10) Paolo, *Sent. rec.* III, 6, 32. — Caio, II, 30. — § 3, J. II, 4. — Teof. sopra questo §, e la glossa di Torino su questo luogo (in Savigny, *Stor. del drit. rom. nel medio evo*, I, 3, p. 681). Secondo Caio e le Instituzioni, la cessione dell'usufrutto fatta ad un terzo è un atto nullo e senza effetto, il qual per altro vedesi nello stesso Caio non aver pel cedente alcuna spiacevole conseguenza *(jus suum retinet)*. Il fr. 66, D. XXIII, 3, non è contrario, tuttoch'esso dica: *sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum*; perciocchè queste parole non sono generali, ma concernenti solo il particolar caso discorso in quel luogo delle Pandette. — Siertsema, *De effectu cessionis ususfructus factæ extraneo*. Grœning. 1807. — Gluck, *Comm.* 9. parte, p, 223, e seg.

(11) Fr. 10, D. L, 17. — fr. 7, § 2; fr. 27, § 3; fr. 52, D. VII, 1.

riparare tutto il danno cagionato (1). Bene può, con lasciare l' usufrutto, liberarsi e dalle imposizioni e dalle spese di restauro e di conservazione (2).

3. Deve al finir deil' usufrutto restituire la cosa al proprietario.

4. Finalmente è tenuto di dare al proprietario, nel cominciar del suo usufrutto, una cauzione ovvero un pegno (oggi, *cautio usufructuaria*) (3). Innanzi che sia data la sicurtà, il nudo proprietario non è obbligato di mettere l' usufruttuario in possesso della cosa, e s' egli ne lo avesse già impossessato, può convenirlo perchè dia cauzione (4).

§. 315. 4. *De' dritti e delle obligazioni del quasi usufruttuario.*

Il quasi usufrutto, il quale particolarmente comprende l' *ususfructus quantitatis*, fa l' usufruttuario, propriamente parlando, proprietario della cosa, dandogli il dritto di consumarla: ondechè qui il dritto di usare equivale a quello di disporre. Ma al finir dell' usufrutto, egli è tenuto di restituir la medesima quantità di cose della stessa specie e qualità, oppure il valsente della medesima quantità di cose da lui ricevute; e questa restituzione dee fin da principio assicurare con darne cauzione (5). Quant' è all' usufrutto di *vestimenti*, dev' esso nel dubbio considerarsi come un usufrutto vero, cioè quando non sia stato espressamente ordinato siccome un usufrutto di quantità (6). L' usufrutto di una somma di danaro ovvero di un credito (*ususfructus pecuniae seu nominis*) è talvolta un usufrutto vero, tal altra un quasi usufrutto, secondo i termini della sua ordinazione (7).

(1) Fr. 1, § 3, 7; fr. 2, D. VII, 9.—fr. 9, pr.; fr. 13, § 2; fr. 15, § 3; fr. 65, pr.; fr. 60, D. VII, 1.—§ 38, J. II, 1. Egli non è punto tenuto pel deterioramento della cosa, se ne ha fatto buon uso: fr. 9, § 3, D. VII, 9.—Gastendyk. *Diss. de juribus et oblig. usufructuarii, circa refectionem ædificiorum.* Gœtt. 1792.

(2) Fr. 48, pr.; fr. 64; fr. 65, pr. D. VII, 1.—Von der Becke, *Observ. de jur. et oblig. usufructuarii usumfructum relinquentis, ad LL. 64 et 65, D. de usufr.* Lipsia, 1825.

(3) D. VII, 9.—L'obligo di dar cauzione è stato anche esteso al dritto di uso.—Il proprietario può dispensar dalla cauzione, ma non così il testatore il qual lasci un usufrutto a qualcuno. Const. 1, C. III, 33.—Const. 7, C. VI, 54.—Cpr. fr. 10, D. VII, 5.—Hofstede, *De cautione usufructuaria a testatore non remittenda.* Grœning. 1804.

(4) Fr. 13, pr. D. VII, 1.—fr. 7, pr. D. VII, 9.

(5) Fr. 7, D. VII, 5. Cpr. § 2, J. II, 4.—fr. 5, § 1, D. VII, 5.

(6) Fr. 15, § 4, D. VII, 1.—§ 2, J. II, 4, e la glossa ivi.—fr. 9, § 3, D. VII, 9—Doneau, X, 4.—Muhlenbruch, *Doctr. Pand.* § 289. Sonovi molti autori di avviso al tutto opposto, per esempio: Schoot, *De usufr. vestimentorum*; in *Opusc. jur.* Lips. 1770.—Thibaut, *System*, § 610.—Wilhelm, *De us. vest.* Grœn. 1801.—Gluck, *Comm.* IX, 643 (a).

(7) Fr. 3, 4, D. VII, 5.—Const. 1, C. III, 33.

(a) È nata la disputa dal differente modo di specificar la natura delle vesti; perciocchè alcuni giureconsulti, siccome Triboniano nel citato § delle Instituzioni, le annoverano tra le cose che si consumano usando, altri (tra' quali, benchè con riserbo, si schiera il nostro autore) negano che così sia. E dicono questi, che non già delle cose che con troppo usare si assottigliano e vanno a male, si dice che si consumano usando; sibbene di quelle che con l' uso si tolgono a dirittura di mezzo, e delle quali l'uso consiste appunto nel distruggerle, come sono il vino, il frumento, l' oglio ec. Se così non fosse, si dovrebbe egualmente dire che quasi tutti i mobili e le masserizie, massime le biancherie, fossero da porre nel novero medesimo de' vestimenti, epperò di tali cose ancora non darsi usufrutto vero, ma quasi usufrutto: il che nessuno ardirebbe affermare. E tra gli altri argomenti, che le vesti non sieno cose fungibili, si ha questo, che si possono ad altri accomodare ed allogare; il che delle fungibili è risaputo che non si può. Pertanto, come degli schiavi, dei giumenti, della suppellettile, e di ogni altra cosa mobile l' usufrutto è vero e naturale, così pure delle vesti. (*Trad.*)

§. 316. B. *Dell' uso.*

Il *dritto di uso (usus)* (1) è una servitù personale, la qual dacci il dritto di fare della cosa altrui tutto l' uso che la sua natura e la sua destinazione permettono, nella misura però de' bisogni nostri e della nostra famiglia (2). L' uso dunque non dà per sè medesimo alcun dritto a' *frutti*, ma solamente quello di *usar* della cosa. Pur tuttavolta, se l' uso è di natura tale da non potersi, o che in tutto o che in parte, esercitare senza il godimento de' frutti, l' usuario ha dritto ad una parte de' frutti proporzionata a' suoi bisogni (3). Per altro, non può egli cedere altrui, almeno all' intutto ed esclusivamente, l' esercizio del suo dritto (4).

§. 317. C. *Dell' abitazione.*

Il *dritto di abitazione (habitatio)* (5), ovvero il dritto di dimorar gratuitamente nell' altrui casa, era appo i Romani presso a poco il medesimo che *ususfructus* o pure *usus aedium* (6); ma pare che non si adoperava l' espressione *habitatio* ovvero *usus aedium habitandi causa*, se non a significare un' abitazione data per limosina ad un bisognoso (7).

Questa è la ragione che autorizzava l' abitatore a cedere ad un altro non gratis, ma per una mercede, l' esercizio del proprio diritto (8), e per la quale il dritto di abitazione, a differenza dell' usufrutto e dell' uso, non si perdeva pel mutamento di stato (9). Cotal diritto aveva ancora questo di particolare, che nel caso ch' esso era stato conceduto per donazione tra vivi, poteva esser rivocato dagli eredi del donatore (10).

§. 318. D. *Del lavoro degli schiavi.*

Il lavoro degli schiavi e degli animali altrui *(operae servorum et animalium)* consisteva, appresso i Romani, nel dritto di adoperarli in tutto quanto comportava la loro qualità o particolar destinazione (11). Questo dritto, al pari che quello di abitazione, non si perdeva col mutamento di stato. Il lascio di lavori *(legatum operarum)* differiva similmente da' lasci di altre

(1) Inst. II, 5.—Dig. VII, 8.—XXXIII, 2.

(2) La traduzion francese pone: *senza aver riguardo a' bisogni ec.*; cioè proprio il contrario della nozione conosciutissima del dritto di uso: e le italiane tengon dietro. *(Trad.)*

(3) I seguenti luoghi serviranno a spiegare la nozione del dritto di uso. Fr. 2, pr. D. VII, 8: « Cui usus relictus est, *uti potest, frui non potest*. Et de singulis videndum. » Segue una serie di esempli, i quali indicano che dritto l'usuario abbia, s'egli ha l' uso di una casa, di una villa, di buoi, di cavalli, di pecore, ec.; per esempio: fr. 12, § 2, D. ibid. « Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat, Labeo ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum; *hæc enim magis in fructu esse*. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum. § 3. Sed si boum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit, et ad arandum, et ad cætera ad quae boves apti sunt. » Spesso l'uso dava altrettanti dritti che l'usufrutto; per es: fr. 22, pr. D. ibid.

(4) § 1, J. II, 5. Cpr. fr. 2, § 1; fr. 3; fr. 4; fr. 8, pr. D. VII, 8.

(5) Inst. II, 5.—Dig. VII, 8.—Cod. III, 33.

(6) Fr. 10, pr. D. VII, 8.

(7) Hugo, *Istor. del dritto*, p. 508, è di avviso contrario.

(8) § 5, J. II, 5.—Const. 13, C. III, 33. fr. 10, D. VII, 8.

(9) Fr. 10, D. IV, 5, comparato col § 3, J. II, 4, e pr. J. II, 5.

(10) Fr. 27, 32, D. XXXIX, 5.

(11) Dig. VII, 7, e XXXIII, 2.—fr. 6, pr. D. VII, 7.

servitù personali in quanto ch' esso trasmettevasi agli eredi del legatario al venir del giorno in cui il dritto al lascio era acquistato *(dies legati cedit)*. Ma perchè siffatta trasmissione accadesse, facea luogo che il legatario non avesse peranco goduto egli stesso, oppure un terzo non avesse ancora usucatto lo schiavo o l' animale (1).

§. 319. II. *Delle servitù di fondi*, *ovvero reali* (2).
A. *Nozione*.

Una *servitù reale* è un dritto ordinato a pro di un fondo sopra di un altro fondo, e che può da qualunque possessor del primo esercitarsi contro qualunque possessore del fondo servente (3). La esistenza dunque di una servitù reale di necessità suppone quella di due poderi *(praedia)* appartenenti a proprietari diversi (4), l'uno de' quali è gravato della servitù *(quod servitutem debet, praedium serviens s. fundus servus)* (5) ordinata a profitto dell' altro *(cui servitus debetur; oggidì detto praedium dominans)* (6). I due stabili, se non contigui, debbono almeno esser vicini; cioè a dire ch' essi non debbono esser di troppo distanti tra loro, e la situazion loro naturale dev' esser tale, che faccia l' esercizio della servitù possibile (7).

§. 320. B. *Principj generali intorno alle servitù reali*.

Le servitù reali poggiano in su' seguenti principj generali:

1. La servitù dev' esser tale ch' ella procuri un vantaggio allo stesso fondo dominante, intantochè ne accresca il valore o almeno il diletto (8).

Da questo principio discendono due conseguenze:

a) Non è necessario che una servitù di fondi procacci una utilità *personale* a colui che si fa quella accordare (9);

b) Un dritto accordato a taluno per solo suo piacere o utilità personale, non costituisce una servitù reale: per esempio il dritto che uno avesse acquistato di accomodarsi dell' altrui giardino per diportarvisi, o anche per cogliervi alcun frutto (10).

2. La causa della servitù dev' esser perpetua *(causa perpetua)*, cioè la positura naturale del fondo servente deve costantemente esser tale, che il fondo dominante ne ritragga il vantaggio dalla servitù accordatogli, senza

(1) Fr. 2, D. VII, 7.—fr. 2, D. XXXIII, 2.

(2) Inst. II, 3. — Dig. VIII, 1-6. — Cod. III, 34. — Cujacio, *Recit. ad Dig.* VIII, tit. 1-6 (*Opera*, t. VII).—Doneau, *Comm.* lib. XI, cap. 1-8, 13, 14. — Van Alderwerel, *De servit. realibus*. Lugd. — Bat. 1809. — Stever, *De serv. prædiorum*, pars prior. Rostoch. 1817.

(3) Fr. 12, D. VIII, 4. — Const. 3, C. III, 34.

(4) Fr. 1, § 1, D. VIII, 4. — § 3, J. II, 3. — fr. 14, § 3, D. XXXIV, 1. — fr. 5, D. VIII, 3.

(5) Fr. 9, D. VIII, 1. — fr. 14, D. VIII, 2. — fr. 23, § 2, D. VIII, 3. — fr. 20, § 1, D. XLI, 1.

(6) Fr. 23, § 2, 3, D. VIII, 3. — fr. 5, § 9 in fine, D. XXXIX, 1.

(7) Fr. 5, § 1; fr. 7, § 1, D. VIII, 3— fr. 38, D. VIII, 2. — fr. 7, § 1, D. VIII, 4. — fr. 5, D. VIII, 5.

(8) Fr. 15, pr. D. VIII, 1. — fr. 3, pr. D. XLIII, 20. — fr. 86, D. L, 16.

(9) Fr. 19, D. VIII, 1. « Ei fundo quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. » — Gædke, nella *Diss. an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit? ad LL. 15 et 19, D. de serv.*, dà un'altra spiegazione del passo allegato.

(10) Fr. 8, pr. D. VIII, 1. « Ut pomum decerpere liceat, et ut cœnare in alieno possimus, servitus (sc. prædii) imponi non potest. »

che il proprietario del fondo servente sia obligato a veruna cosa fare (1).

3. La servitù si considera siccome un'attenenza dello stabile dominante: il perchè non può essere nè alienata senza di quello, nè ipotecata, nè data in fitto, nè trasmessa ad un altro fondo (2).

4. Le servitù reali sono indivisibili; ondechè non le può l'uomo nè acquistare, nè esercitare, nè perdere per una parte soltanto. Se più persone son proprietarie del podere a cui la servitù è dovuta, ciascuno ha il dritto di esercitarla tutta (3).

5. La servitù reale ordinata pura e semplicemente si esercita, per regola generale, su tuttoquanto il fondo servente (4); dovendosi però restringere a' bisogni del fondo dominante (5). Si può tuttavia, con una particolar convenzione, limitare il tempo ed il luogo, com' eziandio il modo di esercizio della servitù: similmente, il momento del suo cominciare e quello del suo cessare possono esser sottoposti ad una condizione (6).

6. Ogni possessor del fondo dominante può, in generale, esercitarne le servitù reali, eccetto quando esse fossero state concedute al primo acquistator del fondo espressamente per la sola sua persona: vero è che questa sola condizione non fa rimanerle di essere servitù reali, e di non poter esser esercitate altro che secondo i bisogni del fondo dominante (7).

7. Chi ha il dritto di esercitare una servitù, può altresì fare tutti quegli atti senza i quali lo esercizio del suo dritto sarebbe impossibile (8). Però non può egli pretendere che il proprietario del fondo servente lo migliori, perciocchè le riparazioni necessarie allo esercizio della servitù sono a carico del proprietario del fondo dominante (9); e solo, per una eccezione, accade il contrario nella servitù *oneris ferendi*, nella quale il proprietario del pilastro o muro sostenente è tenuto di ripararlo (10).

8. Tutte le servitù reali appartengono proprio al fondo dominante, e non già solamente alla sua superficie, cioè a quello che sta disopra al suolo del fondo, quando bene esse servitù fossero ordinate per solo vantaggio della superficie (11). Allo stesso modo, il fondo servente, e non già la sola sua superficie, è gravato della servitù (12).

§. 321. C. *Delle specie di servitù reali.*

Due specie di servitù reali vi sono: le servitù di *fondi urbani* (*servitu-*

(1) Fr. 28, D. VIII, 2. — fr. 23, § 1, D. VIII, 3. — fr. 2, D. VIII, 4. — fr. 1, § 4, D. XLIII, 22. — Heineccius, *Diss. de causa servitutum perpetua*; nelle sue *Opere*, t. 3, p. 177. — Cpr. altresì il fr. 3, D. VIII, 3.

(2) Fr. 16, D. VIII, 1. — fr. 44, D. XIX, 2. — f. 33, § 1, D. VIII, 3. — fr. 11, § 3; fr. 12, D. XX, 1. — Cpr. più sotto, il § 339.

(3) Fr. 11, 17, D. VIII, 1. — fr. 18; fr. 32, D. VIII, 3. — fr. 6, pr. D. VIII, 6. — fr. 5, D. VII, 1. — Intorno alle conseguenze ed alle restrizioni di questa regola, v. il fr. 23, § 3; fr. 25, D. VIII, 3. — fr. 140, § 2, D. XLV, 1.

(4) Fr. 21, D. VIII, 3. — fr. 9, D. VIII, 1.

(5) Fr. 5, § 1 in fine, D. VIII, 3. — fr. 9, D. VIII, 1.

(6) Fr. 4, pr. § 1, 2; fr. 6, D. VIII, 1. fr. 13, § 1, D. VIII, 3.

(7) Fr. 4; fr. 6, pr.; fr. 37, D. VIII, 3. — fr. 14, § 3, D. XXXIV, 1.

(8) Fr. 10, D. VIII, 1. — fr. 20, § 1, D. VIII, 2. — fr. 3, § 3, D. VIII, 3.

(9) Fr. 6, § 2, D. VIII, 5. — Arg. fr. 15, § 1, D. VIII, 1. — fr. 81, § 1, D. XVIII, 1. — Richter, *Diss. de dominio serviente ad prædii servientis refectionem obligato*. Lips. 1733.

(10) Fr. 6, § 2; Fr. 8, pr. § 2, D. VIII, 5. — fr. 33, D. VIII, 2.

(11) Per esempio, se una servitù fosse ordinata per utilità di una vigna, cioè della sola superficie del fondo, che qui sono le viti, come ne'campi il grano, nei prati l'erbaggio, ecc. In tal caso, tolte le viti o altro che sia, la servitù rimane, perch'ella appartiene sempre al fondo proprio, non al disopra del fondo. *(Trad.)*

(12) Fr. 13, pr. D. VIII, 3. — fr. 11, pr. D. VIII, 2.

tes s. jura praediorum urbanorum), e le servitù di *fondi rustici (serv. s. jura praediorum rusticorum)* (1).

I fondi rustici sono quelli che portano frutti; tutti gli altri fondi sono urbani. Pertanto, le case, le stalle, i muri, le officine, i magazzini, i granai, o che posti in città o che pure in contado, sono sempre fondi urbani (2). Una servitù di fondo urbano è per conseguenza quella che, generalmente, è ordinata come dritto di un bene urbano; servitù di fondo rusticano è per contrario quella generalmente ordinata in servigio di un bene rustico, e diretta soprattutto a favorir l' agricoltura e la propagazion del bestiame (3). Può nondimeno incontrare che servitù ordinariamente urbane sieno ordinate a favor di un fondo rusticale, e viceversa (4).

Per altro, il numero delle reali servitù non è punto limitato, contentandosi il romano dritto di noverar le generali condizioni necessarie all' esser loro (§ 320). Le servitù che sotto cotali condizioni possono stabilirsi sono tanto diverse, quanto i dritti ordinabili sopra un podere in favore di un altro (5). Adunque le servitù reali dal romano dritto annoverate, e delle quali noi ragioneremo ne' §§ 322 e 323, vogliono solamente considerarsi come gli esempli più spesso occorrenti (6).

§. 322. I. *Delle servitù di fondi urbani.*

Le principali servitù di fondi urbani sono in romano dritto le seguenti:

1. La servitù *oneris ferendi*, la qual consiste in ciò, che l' edifizio, muro o pilastro nostro debba sostenere il peso dell'edifizio del vicino. Siffatta servitù particolarmente si distingue dalle altre in quanto che ogni proprietario del muro servente è tenuto a mantenerlo e ristaurarlo nel modo convenuto nello stabilimento della servitù; e quando a ciò non si fosse posto ordine, deve almeno mantenerlo in quello stato in cui trovavasi nel principiar della servitù (7). Egli è nondimeno libero di francarsi dalla rifazion del muro servente con abbandonarlo; e in tutti i casi, il puntellamento dello edifizio, durante la riparazion del muro che lo sostiene, è a carico di colui il quale profitta della servitù (8).

(1) § 3, J. II, 2.— fr. 1, D. VIII, 1.

(2) Fr. 198, D. L, 16.— § 1, J. II, 3.— fr. 1, pr. D. VIII, 4.— Cpr. altresì i fr. 3, 4, 7, D. XX, 2.

(3) Pr. § 1, J. II, 3.— *V.* particolarmente: Unterholzner, *Della prescriz.*, t. 2, § 191.

(4) Fr. 2, D. VIII, 2, comparato col fr. 2, § 1, D. VIII, 3.— fr. 11, § 1, D. VI, 2.— fr. 14, § 1, D. VIII, 1.

(5) Per es: fr. 3, § 1, 2, D. VIII, 3.

(6) Intorno alla division delle servitù in *continue* e *discontinue*, *v.* appresso, il § 328.

(7) Fr. 6, § 2, 5, 7; fr. 7, D. VIII, 5.— fr. 33, D. VIII, 2.— Si è cercato di spiegare per diversi modi questo particolare della servitù *oneris ferendi*.— Gluck, *Comm.* X. § 661.— Konopack, *De duobus fragmentis ad* servitutem oneris ferendi *spectantibus*. Ienae 1822 (a).

(8) Fr. 6, § 2 in fine; fr. 8, pr. D. VIII, 5.

(a) La detta particolarità dalla servitù *oneris ferendi* la fa comunemente chiamare dai dottori *spuria*, *anomala*, *irregolare*. Ma Enneclo costantemente si oppone alla comune sentenza, dicendo che gli antichi non dubitarono punto che il padrone del fondo dominante dovesse ordinariamente rifar la parete; ma solamente disputarono se si potesse questo patto fare, che il padron del fondo servente fosse quello che rifacesse. Il che Aquilio Gallo negava, per esser contrario alla natura della servitù; ma era affermato da Servio, la cui sentenza prevalse, con questo temperamento di Labeone, che non essendo l' uomo quello che serve, sì bene la cosa, fosse lecito al padrone di abbandonar la parete. Onde conchiude, non generalmente doversi credere imposto al padron del muro l' obligo di restaurarlo, ma sol quando ne fosse intervenuto particolare patto, com'è quello: *Paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit.* La quale opinione abbiamo creduto bene ricordare per esser quella in sostanza seguitata dalle nostre leggi civili, le quali nessuna differenza fanno per questa servitù: Art. 618 e 19. (*Trad.*)

2. La servitù *tigni immittendi*, ossia il dritto d'intromettere delle travi nel muro del vicino, per costruire, a modo di esempio, un passeggio coperto (*porticus ambulatoria*), oppur dare maggior solidità all'edifizio proprio (1). Alle travi consumate possono sostituirsi delle nuove, ma solo tante quante erano le vecchie (2).

3. La servitù *projiciendi*, ch'è dritto di costruire all'infuori del nostro edificio, come per esempio sporgere dalla nostra casa in sulla proprietà del vicino un proietto, un balcone, una loggia. La servitù *protegendi*, cioè il dritto di far riparo alla nostra facciata con uno sporto uscente in sulla proprietà del vicino, non altro è che una specie della servitù *projiciendi* (3). Queste due servitù poggiano sopra il principio, che la proprietà del suolo porta seco la proprietà dell'aere soprapposto.

4. La servitù *stillicidii s. fluminis recipiendi s. avertendi s. immittendi*. *Stillicidium* è l'acqua cadente a goccia a goccia dal tetto; *flumen* è quella che si aduna nella gronda e vien giù per le docce. Questa servitù dunque consiste o nel dritto di stornar le acque grondanti dall'edifizio nostro in sull'edifizio o poder del vicino (4), o pure nel dritto di condurre l'acqua piovana dall'edificio del vicino in sull'edificio o podere nostro, a fin di nettarlo ovvero inaffiarlo (5). Ma l'esser franco di una servitù siffatta era da' Romani considerato pure siccome un dritto somigliante a quello di una servitù, e lo chiamavano *jus stillicidii s. fluminis non recipiendi* (6).

5. La servitù *altius non tollendi*, la qual è posta in ciò che noi, per utilità del vicino edifizio, non dobbiamo alzare il nostro più di quanto è, o almeno al disopra di una determinata misura (7). Colui che, privo di cotale facoltà, l'acquistava dipoi dal vicino, aveva il dritto *altius tollendi* (8).

6. La servitù *luminum* e *ne luminibus officiatur*, al pari che quella *de prospectu* e *ne prospectui officiatur*. S'intendono per *lumina* le finestre ed ogni altra apertura la qual dia lume al nostro edificio, ovvero generalmente la luce dall'edifizio nostro posseduta o ad esso abbisognante: *prospectus*

(1) Fr. 8, § 1, 2, D. VIII, 5. — fr. 242, § 1, D. L, 16.

(2) Fr. 14, pr. D. VIII, 5, comparato col fr. II, pr. D. VIII, 6.

(3) Fr. 2, D. VIII, 2. — fr. 242, § 1, D. L, 16. — fr. 29, § 1, D. IX.

(4) § 1, J. II, 3. — fr. 2; fr. 17, § 3; fr. 20, § 3-6, D. VIII, 2. — fr. 8, pr. D. VIII, 6. — fr. 16, D. VIII, 5.

(5) Molti sono gli autori, i quali la risguardano siccome una servitù *stillicidii non recipiendi*. Vinnio, *Comm.* lib. 2, tit. 3, § 1; W, 2, § 6. — Ma veggasi il fr. 28, D. VIII, 2.

(6) Almeno così Teofilo medesimo (sul § 1, Inst. II, 3) presenta la cosa. Ma non si può negare che siffatta spiegazione non sia contraria alla stretta nozione della servitù, ch'è restringimento della libertà naturale della proprietà. Questa è la ragione che ha fatto già dire a Schniting (nella sua *Jurispr. antejust. ad Gajum*, lib. 2, tit. 1, nota 29) parlando del *jus stillicidii non recipiendi*: « quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantum redit libertatem. » Ma pare che i Romani, quando trattavasi delle servitù di fondi urbani, riguardavano come una servitù, o almeno come un dritto somigliante ad una servitù, non solo la restrizione arrecata alla proprietà, ma eziandio il dritto in cui si rientra per la libertà renduta alla proprietà dal cessar della servitù. Così spiegasi tanto il *jus stillicidii non recipiendi* nel senso annessovi da Teofilo, quanto il *jus altius tollendi* e *luminibus officiendi*. fr. 2, 21, 32, pr. D: VIII, 2 — fr. 26, pr. D. XLIV, 2. — fr. 2, pr. D. VIII, 3.

(7) § 1, J. II, 3. — fr. 2; fr. II, § 1; fr. 12, 21, 32, pr. D. VIII, 2. — fr. 7, § 1; fr. 16, D. VIII, 4. — Const. 8, 9, C. III, 34.

(8) *V.* sopra, la nota 3.; ed Hugo, *Recht.* p. 504. — Cuiacio, nell'ultima nota al § 2, J. IV, 6, è pure di questa opinione. Questo parimente spiega perchè il citato § 2, *J.* accorda a chi pretende avere acquistato un *jus tollendi*, l'azione *confessoria*; e al vicino contrastante, una azione *negatoria*. La detta opinione è non pertanto oppugnata da Schilling ed Unterholzner, *Prescriz.* t. 2, p. 118. — Van Ostendorp, *De jure altius non tollendi*. Lov. 1830.

è lo sguardo del quale si gode (1). Pertanto la servitù *luminum s. luminis excipiendi s. immittendi* o pure *fenestrae aperiendae* (2), è dritto di poter aprire nel muro altrui, ovvero comune, delle finestre ed altre luci le quali diano lume al nostro edificio (3); com' è parimente dritto di fare aperture nel proprio nostro muro, le quali dieno sulla proprietà del vicino, nel caso che particolari disposizioni della legge nol ci permettessero (4). La servitù *ne luminibus officiatur*, consiste in ciò che il vicino non può con fabbriche, piantagioni, o qualunque altra novità, toglier lume all'edifizio nostro. Del resto, l'ordinazione o pur l'acquisto della servitù determinano se il nostro edificio ha dritto a tutto il lume, o solamente a quanto gli è di necessità (5). La servitù *de prospectu* ovvero *ne prospectui officiatur* (ch' è tutt'uno), consiste nel diritto d'impedire al vicino di toglierci, con sue costruzioni o qualunque altro innalzamento, lo sguardo il quale si ha dalla nostra casa o dal nostro podere (6). La liberazione da una servitù *ne luminibus aut prospectui officiatur* chiamasi, come già s'è visto in tutte le altre, *jus luminibus aut prospectui officiendi* (7).

7. La servitù *sterculinii*, ossia dritto di fare presso il muro della casa o poder del vicino un letamaio, o altro simile (8).

8. La servitù *cloacae mittendae*, cioè il dritto di far passare una fogna per la casa o poder del vicino (9).

9. La servitù *fumi immittendi s. cuniculi balnearii habendi*, cioè il dritto d'indirizzar per entro il fumaiuolo del vicino o dalla parte del suo fondo, de'fumi particolarmente incommodi o altre spiacevoli esalazioni (10).

§. 323. 2. *Delle servitù di fondi rustici.*

Le principali servitù di fondi rustici, nelle quali ci avveniamo nel romano dritto, sono le seguenti:

1. Le servitù tendenti a facilitar le communicazioni, così per terra, come per acqua; le quali son quattro:

a) La servitù *itineris*; la quale appo i Romani dava il dritto di passar

(1) Fr. 16, D. VIII, 2.

(2) La comparazione de'seguenti luoghi dimostra come queste diverse espressioni denotano la medesima cosa: fr. 4, 23, pr.; fr. 40, D. VIII, 2.—fr. 13, § 7, D. VII, 1.—Const. 12, § 2, C. VIII, 10.

(3) *V.* i luoghi indicati nella precedente nota. Sopra ciò che in realtà questa servitù fosse, sono per altro diversissime le opinioni degli autori. Feuerbach risguarda siffatta servitù siccome un dritto sull'*ombra* di cui la vicina casa o muraglia serve il nostro fondo, piuttostochè una servitù di *luce*; di guisa che il proprietario del muro servente non potrebbe distruggerlo. — Dabelow, *Della servitù luminum appresso i Romani*, si avvisa del contrario. — *V.* altresì Pæhlig, *Diss. in qua Feuerbachii de luminum servitute sententia contra Dabelowium defenditur*. Grœning, 1811. — Moser trascorre fino a pretendere, esser questa una servitù per la quale il vicino dee sopportar la riflessione de'raggi del sole dal nostro muro alle sue finestre! — *V.* pure: Griesinger, *De serv. luminum et ne luminibus off.* Lips. 1819. — Eichstaedt, *De serv. luminum etc., ad explic. Ciceronis locum de Orat. I, 39.* Jenæ, 1820. — Fiess, *Diss. de serv. luminum etc.* Leodii, 1824.

(4) Const. 12, § 3, C. VIII, 10.

(5) Fr. 4, 11, pr.; fr. 15; fr. 17, pr. § 1; fr. 22, 23, pr.; fr. 31, D. VIII, 2.—fr. 16, D. VIII, 4.—fr. 15, D. VIII, 5, e particolarmente il fr. 10, D. VIII, 2, comparato col fr. 30, D. VII, 1.

(6) Fr. 3, 12, 15, D. VIII, 2. Gli autori, massime i moderni, sono molto discordi intorno a queste servitù. Per buona ventura oggi in esse non si pone più mente al nome lor dato da'Romani, ma solamente al modo in cui sono state stabilite ovvero acquistate, al loro scopo, ed alla estensione di cui sono capaci.

(7) Fr. 2, D. VIII, 2.

(8) Fr. 17, § 2, D. VIII, 5.

(9) Fr. 7, D. VIII, 1.—fr. 2, pr. D. VIII, 3.

(10) Fr. 8, § 5-7, D. VIII, 5.

per lo fondo altrui, o che a piedi, o che a cavallo, o anche in lettiga (1).

b) La servitù *actus;* la quale, oltre alla servitù di passaggio in essa contenuta, dà il dritto di menar per entro il fondo servente de'bestiami, e di passarvi in carrozza (2).

c) La servitù *viae;* la quale non solamente riuniva in sè le due precedenti, ma dava eziandio facoltà di trasportar per la strada servente delle pietre e del legname da costruzione (3).

Se nessun patto particolare determinava la larghezza della via, la legge ordinavala di otto piedi nella strada diritta (*in porrectum*) e sedici nei rivolti (*in anfractum*) (4) (5). Qualunque costituzion di servitù di via può esser fatta di modo, che lasci in arbitrio del godente di dare al suo transito quella direzione che gli conviene, e mutarla a sua voglia (6): ma se tale arbitrio non è dato, il dritto di transito è ristretto ad una direzione posta e determinata dalla costituzion medesima della servitù, o in mancanza di questo, e in caso di contestazione infra le parti, dal giudice; il quale allora deve aver risguardo alla condizion de' luoghi ed allo interesse di tutt'e due le parti (7). E sebbene oggi si esamini piuttosto il modo di costituzione, le condizioni locali e la utilità della servitù, che non l'espressioni ed i principj del dritto romano, il vero nondimeno è che la regola romana, che il più comprenda tacitamente il meno (8), devesi applicar tutte le volte che non siasi ad essa espressamente derogato (9).

d) La servitù *navigandi*; ch'è il dritto di traversar lo stagno altrui per arrivare al nostro podere (10).

2. La servitù di *pascolo* (*servitus pascendi s. pascui*), ch'è dritto di menare a pascolare i nostri bestiami in sullo altrui (11). Essa include tacitamente la servitù *actus*, per quanto questa è necessaria all'esercizio suo (12). La costituzione di cotale servitù regola tanto il tempo in cui si può usare, quanto la specie ed il numero delle bestie che si possono pasturare.

a) Ma se il tempo, in cui il dritto di pastura può usarsi, non è stato definito, non si può menare a pascolo 'l bestiame, se non dopo il ricolto de' frutti ed il falciamento delle praterie (13).

b) Se la specie delle bestie non è stata determinata, tutti quanti gli animali da pastura debbono di questa godere, fuor solamente quelli i quali cagionerebbero di straordinari danni (14).

c) Se invece non è stato definito il numero delle bestie, il dritto di pa-

(1) Pr. J. II, 3.—fr. 1, pr.; fr. 7, pr.; fr. 12, D. VIII, 3.

(2) *V.* oltre a'luoghi della nota preced. il fr. 4, § 1; fr. 13, D. VIII, 1.—fr. 2, D. VIII, 6.

(3) Fr. 1, pr.; fr. 7, pr. D. VIII, 3.

(4) Perchè al voltare si chiede più spazio che all'andar diritto, ed anche perchè nella via dritta si può vedere un carro che venga, e ritirandosi dall'altro canto, non urtare; ma ne'rivolti non potendosi così vedere, si ricerca maggior larghezza. *(Trad.)*

(5) Fr. 8; fr. 13, § 2, 3; fr. 23, pr. D. VIII, 3.—fr. 6 in fine, D. VIII, 6.—*V.* pure Varrone, *de lingua lat.* VI, 2, ed Hugo, *Rechtsges.* p. 190.

(6) Fr. 13, § 1, D. VIII, 3.—fr. 6, § 1, D. VIII, 6.

(7) Fr. 13, § 1, D. VIII, 3.—fr. 9, D. VIII, 1.—La servitù di via conceduta per legato, senza che il testatore abbia determinata la direzion da tenervi, può esser regolata dall'erede a sua voglia, ma senza pregiudicio del legatario: fr. 26, D. VIII, 3.

(8) Fr. 21; fr. 110, pr. D. L, 17.—pr. J. II, 3.—fr. 1, pr.; fr. 7, pr. D. VIII, 3.

(9) Fr. 4, § 1, D. VIII, 5.—fr. 1, D. XXXIV, 4.

(10) Fr. 23, § 1, D. VIII, 3.

(11) § 2, J. II, 3.—fr. 1, § 1; fr. 3, pr.; fr. 4; fr. 6, § 1, D. VIII, 3.

(12) Arg. fr. 3, § 3, D. VIII, 3.

(13) Arg. fr. 9, D. VIII, 1: « *civiliter* modo, » e fr. 13 in fine, D. VIII, 4.

(14) Lauterbach, *Coll. Pand.* lib. 8, tit. 3, § 10.

scolo si estende a tutte quelle appartenenti al fondo dominante e necessarie alla coltivazione di esso (1).

d) Finalmente, quando non sia stato convenuto espressamente il contrario, il proprietario del fondo servente ha dritto di pascolare anch' egli il proprio suo bestiame (oggi *jus compascendi*) (2). In tal caso, incontrando che la pastura d' un sul fondo servente non sia bastante a' bestiami di tutt'e due i poderi, o pur ch'essa resti di esserlo, si distingue: se il numero delle sue bestie è definito, il padrone del poder dominante ha dritto di pascolarle, quando anche niente che pascere non ne avanzasse al bestiame del podere servente; se per contrario il numero non è definito, il giudice, avuto rispetto allo stato delle possessioni, determinerà quanti capi ciascuna di esse ha dritto di mandare al pascolo.

3. Le servitù relative al conducimento e godimento delle acque; della qual sorta sono:

a) L'*aqueductus* ovvero la servitù *aquae ducendae*; ch' è il dritto di condurre delle acque (o pigliandole dello stesso fondo altrui, o solamente facendoglielo traversare) verso la nostra proprietà, sia che sopra, sia che sotto terra (3). In generale, chi gode di cosiffatta servitù deve condurre l'acqua attraverso a tubi, e non mica a canali di pietra (4); ed ancora, tenere una direzione indicata (5). La servitù può essere stabilita per fornir l'acqua tutto l' anno (*aqua quotidiana*), oppur esser ristretta a sola la state (*aqua aestiva*) (6).

b) L'*aquae haustus* ovvero la servitù *aquae hauriendae*; cioè il dritto di attigner acqua alla sorgente o al pozzo di un altro. Essa comprende la servitù di passaggio (*iter*), in quanto che questo è necessario allo effetto dell'attignimento (7).

c) La servitù *pecoris ad aquam appulsus*, ossia dritto di abbeverare il nostro bestiame in sul fondo servente: la quale naturalmente porta seco la servitù di *actus*, per quanto è ad essa necessaria (8).

d) La servitù *aquae educendae s. immittendae*; la qual consiste nel dritto di mandar le acque dalla proprietà nostra in sull'altrui (9).

4. Finalmente, sonovi ancora diverse altre servitù di fondi rustici; per esempio, il dritto di far legna nell' altrui foresta; quello di porre al coperto ed in serbo i frutti del nostro fondo nell'edificio di un altro; il dritto in chi tagli una cava di pietre, di gittar terra e sassi in sul fondo del vicino, e tenervili tanto che a lui torni bene di portarle via; il dritto di costruire, per lo esercizio del pascolo, una capanna sul fondo servente (10);

(1) La ragion è perchè nessuna servitù reale non può essere esercitata di là de'bisogni del fondo dominante; fr. 3, pr. combinato col fr. 5, in fine, D. VIII, 3.

(2) Arg. fr. 13, § 1 in fine, D. VIII, 4.—Const. 6, C. III, 34. La espressione *jus compascendi* ha ingenerato quella di *jus compascui*, la quale è il dritto di pascolare che più proprietari si han reciprocamente accordato in su'loro fondi, e che spesso s'incontra, non come servitù, ma siccome *precarium*.

(3) Pr. J. II, 3.—fr. 1, pr.; fr. 9, D. VIII, 3.—fr. 14, § 2, D. VIII, 1.—fr. 4, D. XLII, 20.—Cod. XI, 42.—Winckler, *Diss. de jure impetratæ aquæ*. Lips. 1749. *Diss. de serv. aquæductus*. Lips. 1803.

(4) Fr. 17, § 1, D. XXXIX, 3.

(5) La direzion delle acque si regola con gli stessi principj che quella delle vie: fr. 9 in fine, D. VIII, 1.—fr. 21, 22, 26, D. VIII, 3.—fr. 8, D. XLIII, 29.

(6) Fr. 1, § 2, 3, D. XLIII, 20. Il godimento di questa servitù può eziandio esser circoscritto a taluni giorni ed ore, o anche a non più di un tanto: fr. 2; fr. 5. pr. D. ibid.—fr. 2, § 1, 2. D. VIII, 3.

(7) § 2, J. II, 3.—fr. 1, § 1; fr. 3, § 3; fr. 9, D. VIII, 3.—Walch, *Diss. de aquæ hauriendæ serv*. Jenæ, 1754.

(8) *V*. oltre a'luoghi indicati nella precedente nota, i fr. 4; fr. 6, § 1, D. VIII, 3.

(9) Fr. 29, D. VIII, 1.—fr. 8, § 5, D. VIII, 5.

(10) Fr. 6, § 1, D. VIII, 3.—fr. 3, § 1, 2, D. ibid.—fr. 6 in fine, ibid.

da ultimo, il dritto *cretae eximendae*, *calcis coquendae*, *lapidis eximendae*, *arenae fodiendae*, ed altri cosiffatti (1), de' quali il solo nome è bastante spiegazione.

TITOLO III.

DELLO STABILIMENTO E DELLA ESTINZIONE DELLE SERVITU'.

§. 324. I. *Di chi possa costituire una servitù.*

Dal principio per noi posto nel § 309, che le servitù secondo lor nozione e natura non altro sono, che dritti staccati dalla proprietà di una cosa e trasferiti altrui, discendono le seguenti conseguenze:

1. Solo il proprietario di una cosa può gravarla di una servitù. Ond'è che la servitù costituita da chi non è proprietario, non dà a colui che l'acquista il *dritto di servitù (jus servitutis)*, ma soltanto la *juris quasi possessio* (2).

2. Quegli, la cui proprietà è rivocabile dal principio, non può gravar la cosa di servitù, se non per la durata del suo dritto (3).

3. Un compadrone non può di per se solo gravare il fondo comune di una servitù reale, perocchè questa è indivisibile (4). Il che s'intende solo delle servitù di fondi; perchè un compadrone può cedere altrui la sua porzione intellettuale di un usufrutto (5).

4. Colui il quale ha sol la nuda proprietà di una cosa, onde altri ha l'usufrutto, può gravarla di servitù tali che non nocciano di niente alle ragioni dell'usufruttuario; ma non può, non pure col costui consenso, imporre alla cosa servitù restrignenti l'usufrutto (6).

5. Chi ha solo il dominio utile di una cosa *(dominium utile)*, com'è l'enfiteuta e 'l superficiario, può veramente gravarla di servitù senza il consentimento del proprietario, ma dal momento che la proprietà torna nelle mani di questo, le servitù statuite dall'enfiteuta e dal superficiario si estinguono (7).

§. 325. II. *Di chi possa una servitù acquistare.*

1. Le servitù personali si acquistano:

1. Da tutti coloro che hanno generalmente la capacità di acquistare. Ma

(1) § 2, J. II, 3. — fr. 1, § 1; fr. 5, § 1; fr. 6, D. VIII, 3.

(2) Fr. 11, § 1, D. VI, 2. — *V.* pure più sopra, i §§ 248, 254 n° 2, e le note al § 287.

(3) Fr. 11, § 1, D. VIII, 6. — fr. 105, D. XXXV, 1; a cagion della regola: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum. V.* sopra, il § 274.

(4) Fr. 2, D. VIII, 1. — fr. 11, 34, pr. D. VIII, 3. — fr. 6, § 1-3; fr. 18, D. VIII, 4.

(5) Fr. 10, D. VII, 9. — E così pure sembra, pel motivo indicato nel testo, che chi riceve un altro come compadrone, possa riserbarsi una servitù. Fr. 8, § 1, D. VIII, 1.

(6) Fr. 15, § 7; fr. 16, D. VII, 1. — *Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest;* nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat: veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollendi. » La ragione se n'ha nel principio stabilito nel § 309: *servitus servitutis esse non potest.* — Delle diverse maniere di spiegar questo luogo, *v.* Gluck, *Comm.* 9. parte, p. 42. — Bauman, *Diss. de servitute a proprietatis domino fundo fructuario imposita.* Lips. 1789. — Schnelle, *Diss. de probabili interpr. leg. 15, 16 et 17 pr. D. de usufr.* Rostoch. 1825.

(7) Fr. 1, pr. D. VII, 4. — fr. 1, § 9, D. XLII, 18.

le servitù reali non si acquistano se non dal vero proprietario del fondo, perciocch'esse ne sono un'accessione (1): undechè colui il quale non è se non possessore di buona fede di uno stabile, simillmente non acquista se non il possesso di buona fede della servitù a quello stabile conceduta.

2. Dal nudo proprietario di una cosa, che può acquistare per essa una servitù, anco senza il consentimento dell'usufruttuario; il quale però, tanto che dura il suo dritto, raccoglie i vantaggi di quella (2).

3. Il compadrone non può egli solo acquistare servitù alcuna pel fondo comune, perciò ch'egli non è padrone di tutto il fondo, e che la servitù, per essere indivisibile, non può acquistarsi *pro parte* (3).

4. Finalmente il proprietario di un fondo non può far costituire una servitù nello stesso tempo a pro di sè e del vicino suo; perchè così facendo, fa solo per sè (4).

§. 326. III. *Del come le servitù si acquistino.*

Si acquistano le servitù:

1. Per *convenzione*. Nessun dubbio è che una semplice convenzione basti allo stabilimento di una servitù negativa: ma è egli il medesimo delle affermative? La quistione se basti una semplice convenzione per produrre il *dritto di servitù* e dar fondamento all'azion reale a quello conseguente, o se la *quasi tradizione* della servitù ovvero l'esercizio suo sofferto dal padrone (*patientia domini*) sieno parimente di bisogno, è molto controversa: nondimeno pare che la prima sentenza sia la meglio fondata (5).

2. Per *disposizione di ultima volontà* (*servitus legata*); nel qual caso il dritto di servitù è acquistato sittostochè il *dies legati cedit* (6). Una tacita costituzion di servitù, o che per convenzione o che per testamento, non è ammessibile se non quando senza della servitù la cosa alienata o legata non potrebbe sussistere, ovvero l'esercizio del dritto principale, di cui la servitù è l'accessorio, sarebbe impossibile (7).

(1) § 3, J. II, 3. — fr. 1, § 1, D. VIII, 4.

(2) Fr. 15, § 7, D. VII, 1. — fr. 1, pr.; fr. 5, § 1, D. VII, 6.

(3) Fr. 19, 34, pr. D. VIII, 3. — fr. 5; fr. 6, § 1-3; fr. 18, D. VIII, 4. — fr, 8, § 1, D. VIII, 1. — fr. 30, § 1. D. VIII, 2.

(4) Fr. 5; fr. 6, pr.; fr. 8, D. VIII, 4. fr. 64, D. XVIII, 1.

(5) La più generale senlenza è che la tradizion della servitù sia ricercata per acquistare il *jus servitutis*, soprattutto per rispetto a'luoghi seguenti: const. 20, C. II, 3. — fr. 3, pr. D. XLIV, 7. — fr. 11, § 1, D. VI, 2. — fr. 20, D. VIII, 1. — fr. 1, § 2, D, VIII, 3. Ma un altro avviso (fondato in su Caio, II, 30, 31; § 4, J. II, 3; § 1, J. II. 4; fr. 3, pr. D. VII, 1; fr. 19, D. VIII, 3) vorrebbe che la tradizione non fosse richiesta per acquistare il *jus servitutis* proprio, ma solamente per acquistare il *possesso* della servitù e dare luogo all'azion pubbliciana; del qual dritto parlassero appunto i fr. 11, § 1, D. VI, 2; fr. 20, D. VIII, 1; fr. 1, § 2, D. VII, 3. — Quest'ultima opinione fu primieramente difesa da Schmidtlein, *Diss. de servitutibus per pactum constituendis*. Gœtt. 1823. D'allora in poi, si è molto disputato sopra ciò: dall'un lato sono Du Roi, Zimmern, e Francke; di rincontro, Schmidtlein, Savigny, Michelsen, Hasse e Schrader. *V.* pure Warnkœnig, nella *Themis*, t. X, p. 57, e Du Carroy, *Instit. spiegate*, sul § 1, II, 4. — *V.* ancora; Haertel, *De servit. per pacta et stipul. constitutis ex jure rom.* Lips. 1828.

(6) § 4, J. II, 3. — § 1, J. II, 4. — fr. 3, pr.; fr. 6, pr. D. VII, 1. Perchè abbia luogo il possesso di usucapione e l'azion publiciana, è quì parimente richiesta la tradizione. — Del lascio di una servitù, *v.* Dig. XXXIII, 2, 3.

(7) Fr. 1, D. XXXIII. 3. — fr. 1, § 1, 4, D. VII, 6. — fr. 15, § 1, D. XXXIII, 2. — fr. 44, § 9; fr. 81, § 3, D. XXX. — fr. 20, D. VIII, 5, comparato col fr. 10; fr. 34-39, D. VIII, 2. — fr. 3; fr. 6, pr.; fr. 7, D. VIII, 4. — fr. 30, D. VII, 1. — fr. 26, D. XXXIX, 2.

3. Per *aggiudicazione*, ne' tre casi delle azioni divisorie (1), e quando il giudice riconosca la necessità di stabilire un passaggio per arrivare ad un podere (2).

4. Per *usucapione* di dieci e venti anni (sì veramente che la proprietà medesima della cosa sia prescrivibile con questo tempo (3)), se chi prescrive è di buona fede (4) e s'egli ha un giusto titolo, ch'è quanto a dire se la servitù è stata a lui costituita e concessa in un modo conforme al diritto (5). Ma s'egli non può dar pruova di un giusto titolo, eppure è stato di buona fede, acquista soltanto la servitù con trent'anni (6), o con una prescrizione immemoriale (*vetustas*) (7): se anche la buona fede manca, il dritto di servitù non si potrà mai acquistare, ma pure l'azion negatoria del proprietario sarà spenta dalla prescrizione, e si avrà tuttavia una eccezione per farsi mantenere nel possesso della servitù (8).

5. Finalmente, le *disposizioni della legge* spesso danno fondamento alla costituzione dell'usufrutto, e possono similmente ammettersi delle servitù reali legali, sempr tali intendonsi le restrizioni che la legge impone alla proprietà di taluna cosa per vantaggio di talun'altra.

§. 327. IV. *Del come le servitù si estinguano* (9).

Le servitù non ristrette nè da un termine nè da una condizion risolutiva, secondo lor natura generale si estinguono (10):

(1) Fr. 6, § 1, D. VII, 1. — fr. 16, § 1: fr. 22, § 3, D. X. 2. — fr. 6, § 10, D. X, 3. — fr. 10, D. VII, 9.

(2) Fr. 12, pr. D. XI, 7. — fr. 1, § 1, D. VII, 6. — fr. 44, § 9, D. XXX. — fr. 15, § 1, D. XXXIII, 2.

(3) Const. 12 in fine, C. VII, 33. — « Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti *ususfructus et ceteræ servitutes*.» Nulladimeno Zimmern pretende che le servitù personali non si possano mai acquistare per via di usucapione. — Le servitù di quelle cose, la proprietà delle quali non si può acquistare se non con trenta, quaranta o più anni, parimente non si acquistano se non col medesimo tempo. Nov. 131, 6.

(4) Naturalmente abbisogna ch'egli abbia esercitato la servitù *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*: fr. 10, pr. D. VIII, 5. — fr. 1, § 23, D XXXIX, 3. — Const. 1, C. III, 34. Ma non dev'egli provar la buona fede; sì bene l'avversario provare il contrario.

(5) Const. 12, C. VII, 33. — « *Ut bono initio possessionem tenetis, etc.* Con questa condizione soltanto, egli acquista la prescrizion di dieci o venti anni.

(6) Arg. Const. 8, § 1, C. VII, 39.

(7) Fr. 3, § 4, D. XLIII, 20. — fr. 10, pr. D. VIII, 5. — fr. 2, pr. § 8, D. XXXIX, 3. — fr. 28, D. XXI, 3. — Const. 1, C. III, 34.

(8) Const. 3; const. 8, § 1, C. VII. 39. Le opinioni de'giureconsulti son molto discordi intorno alla prescrizione acquisitiva delle servitù. Galvanus, Thibaut, Dabelow, Loehr, Zimmern, Nenstetel, Hagemann, Hasse, Unterholzner, Schweppe, hanno tutti trattata questa quistione. — Dell'acquisto delle servitù discontinue, *v.* Muller, *Diss. num et quatenus continua possessio requiratur in juribus discontinuis præscriptione constituendis.* Lips. 1832.

(9) Dig. VII, 4; VIII, 6. — Paolo, *Sent. rec.* III, 6, § 28-33.

(10) Ma, per esempio, l'usufrutto legale del padre in su' beni de' suoi figliuoli cessa insieme con la potestà paterna, § 2, J. II, 9: similmente, la durata di una servitù può esser ristretta ad un determinato tempo, per convenzione, o pur da disposizione testamentaria: fr. 4, D. VIII, 1. Secondo la const. 12, C. III, 3, l'usufrutto contiene ancora le seguenti particolarità:

1. Quando un usufrutto è stato conceduto a qualcuno per infino a che un terzo sia pervenuto a una certa età, e che questo terzo muoia prima dello statuito tempo, l'usufrutto continua fino a ch'egli, vivendo, sarebbe a quella età pervenuto,

2. Quando il testatore ha subordinato la durata dell'usufrutto ad uno evento incerto, il qual risguardi una terza persona, morendo questa innanzi che l'evento segua, l'usufrutto deve considerarsi come se accordato all'usufruttuario durante sua vita.

1. Con la *rinunzia (remissio)* di chi le esercita; la qual può essere o espressa o pur tacita (1).

2. Con la *confusione*, allorchè nelle servitù reali ambedue i fondi cominciano ad essere dello stesso proprietario. Però, se il padron del fondo dominante acquista solo una parte di quello servente, o se viceversa il padron del fondo servente acquista parte del dominante, la servitù continua in sulla parte restante (2). La confusione, o anche *consolidazione* (3), rispetto alle servitù personali accade quando chi non ha se non la nuda proprietà, si acquista l'usufrutto, ovvero l'usufruttuario acquista altresì la nuda proprietà della cosa. Ma se la confusione fin dal suo principio è per a tempo, le servitù, personali o reali che sieno, rivivono quando quella vien manco (4).

3. Quando il dritto del costituitor della servitù era fin dal suo principio *rivocabile;* nel qual caso, al cessar del dritto, la servitù si estingue (5).

4. Per la *distruzion della cosa* (6). Ma col ristabilimento di questa, le servitù risuscitano (7).

5. Per la *distruzion del soggetto*. Ondechè le servitù personali si spengono per la morte della persona a cui pro sono ordinate (8); le reali poi, pel rovinar del fondo dominante, ma ristabilendosi questo, risorgono (9).

6. Con la *prescrizione estintiva*. Il dritto novello non più si contenta, siccome il vecchio, del tralasciato uso della servitù *(non usus);* ma tale tralasciamento non fa perdere in dritto (10) le servitù, tanto reali quanto personali, se non quando il proprietario del fondo servente abbia acquistata una *usucapio libertatis*, ovvero una terza persona abbia acquistato per usucapione la cosa, come proprietà libera e franca.

Bisogna dunque distinguere qui tra 'l dritto vecchio ed il nuovo.

1. L'usufrutto e l'uso (non però l'abitazione), giusta l'antico diritto, si perdevano pel semplice tralasciamento durante due anni rispetto agli immobili, ed a' mobili uno (11). Per una disposizion di Giustiniano, l'usufrutto e l'uso non più si estinguono per lo semplice tralasciamento, ma soltanto

(1) § 3, J. II, 4.—fr. 14, § 1, D. VIII. 1.—fr. 8, D. VIII, 6; fr. 64, 65, D. VII, 1. fr. 34, pr. D. VIII, 3.

(2) Fr. 1, D. VIII, 6.—fr. 30, D. XIII, 2, comparato col fr. 8, § 1, D. VIII, 1.—fr. 19; fr. 34, pr. D. VIII, 3.—fr. 5; fr. 6, § 1-3; fr. 18, D. VIII, 4.

(3) § 3, J. II, 4.—fr. 3, § 2; fr. 6, pr. D. VII, 2.—fr. 78, § 2, D. XXIII, 3.—fr. 7, pr. D. XXIII, 5.—fr. 17, D. VII, 4.—fr. 57, pr. D. VII, 1.

(4) Fr. 9, D. VIII, 4.—fr. 18, D. VIII, 1.—fr. 57, D. XXIV, 3.—fr. 7, pr. D. XXIII, 5.

(5) Fr. 16, D. VII, 4.—fr. 11, § 1, D. VIII, 6.—fr. 105, D. XXV, 1. Giusto la regola: *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*—V. sopra, § 274.

(6) § 3, J. II, 4.—fr. 10, § 2-4; fr. 12; fr. 30; fr. 31, D. VII, 4.—fr. 20, § 2, D. VIII, 2.—fr. 2, D. VII, 1.

(7) Fr. 14, pr. D. VIII, 6.—fr. 23, D. VII, 4.—fr. 36, pr. D. VII, 1. Sono autori i quali non intendono esser ciò, se non delle servitù reali; ma vedi il citato fr. 23.

(8) § 3, J. II, 4.—pr. J. II, 5.—fr. 3, § 3, D. VII, 4.—Const. 3. pr. 12; pr. 14, C. III, 23. L'usufrutto accordato a una comunità si estingue col decorrer di cento anni, « *quia is finis vitæ longævi hominis est.* » fr. 56, D. VII, 1. Ben è da notare che in dritto romano l'usufrutto e l'uso, che son ragioni fondate in sul dritto civile, si estinguono per lo massimo e mezzano mutamento dello stato del godente. § 3, J. II, 4.—fr. 1, D. VII, 4.—Const. 16, 17, C. III, 23. Ma il medesimo non è dell'abitazione, « *quia in facto potius quam in jure consistit* »; fr. 10, pr. D. VII, 8.—fr. 10, D. IV, 5; nè parimente delle *operæ servorum;* fr. 2, D. VII, 7.—fr. 2, D. XXXIII, 2.

(9) Fr. 20, § 2, D. VIII, 1.

(10) Perciocchè l'azion confessoria, giusta i generali principj intorno alla prescrizion delle azioni, si estingue quando per trent'anni non sia intentata: Const. 3, C. VII, 39.

(11) Paolo, *Sent. rec.* III, 6, 30.—fr. 38-40, D. VII, 1.—fr. 28, 29, D. VII, 4.—fr. 10, pr. D. VII, 8.

in conseguenza di una *usucapio libertatis* da parte del proprietario della cosa sottoposta all'usufrutto, ovvero quando questa sia da un terzo usucatta siccome libera proprietà (1).

2. Quanto alle servitù reali facevasi, giusta il dritto vecchio, distinzione tra le servitù di fondi rustici e quelle di fondi urbani: le prime delle quali perdevansi per solo non usarle, le seconde non altramente che con la *usucapio libertatis* (2). In dritto novello, uopo è tenere che le servitù reali non meno, che l'usufrutto, non si estinguano punto per lo tralasciato esercizio (3).

TITOLO IV.

DELLE AZIONI RELATIVE ALLE SERVITÙ.

§. 328. I. *Delle azioni petitorie* (4).

Le azioni riferentisi alle servitù sono o petitorie o possessorie.

Le petitorie sono:

1. L'azion *confessoria* (*actio confessoria s. vindicatio servitutis*), la qual s'intenta per far valere il proprio diritto di servitù. Essa è accordata a chiunque pretende una servitù e somministra la pruova come questa effettivamente appartenga o alla persona sua, o pure al suo fondo (5). È poi diretta avverso chi turba l'attore nello esercizio del suo dritto, e mira a far riconoscere la servitù, a dimandar danni e interessi, ed anche (quando bisogni) sicurtà *de ne amplius turbando* (6).

2. L'azione *negatoria* (*actio negatoria s. vindicatio libertatis*), la qual tende a far dichiarare la libertà di una cosa. Essa appartiene al proprietario il quale pretende la sua cosa libera da ogni servitù, e può esser diretta contro chiunque si arroghi una servitù sopra di quella (7). In sostanza, non altro è che ricuperazione (*rei vindicatio*), perciocchè la proprietà è in parte manomessa dalla usurpazion di una servitù. Il suo scopo, oltre a quello già detto del far dichiarare la natural libertà di una cosa, è di domandar sicurtà di non esser turbato da capo, e di fare al disturbato aggiudicare i debiti danni ed interessi. L'attore deve qui recar la pruova della sua proprietà (8), ed il reo quella della servitù, anche quando egli si trovi in possesso di questa (9).

(1) Const. 16, § 1, C. III, 33 — « Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiamsi dominum vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere. » — *V.* const. 13, C. III, 34.

(2) Paolo, *Sent rec.* I, 17. — fr. 6, D. VII, 2. — fr. 18, D. VIII, 3. — fr. 7, D. VIII, 6.

(3) Giusto la const. 13, in fine, C. III, 34, combinata con la const. 16, § 1, C. III, 38, ed il § 3, J. II, 4. Nondimeno le opinioni son divise sopra ciò. *V.* Galvanus, *De usufr.* c. 41. — Mallinkrott, *Diss. de præscript. servitutum extinctiva imprimis ad L. 13, C. de serv. et aqua.* Jenæ, 1788. — Siertsema, *De usufr. ob non usum amittendo.* Grœn. 1812. — Unterholzner, *Verjæhr.* t. 2, § 217.

(4) Dig. VII, 6. — VIII, 5. — § 2, J. IV, 6. — Doneau, *Comm.* lib. XI, 15. — Gluck, *Comm.* 10. parte, § 685.

(5) Fr. 2, § 1; fr. 10, § 1, D. VIII, 5. Intorno alla quistione, fino a che punto l'usufruttuario ha dritto di chiamare in giudizio per le servitù spettanti al podere usufruttato, vedi fr. 1, pr.; fr. 5, § 1, D. VII, 6. — fr. 1, § 4, D. XLIII, 25.

(6) Fr. 2; fr. 5, § 5-7, D. VII, 6. — fr. 4, § 2; fr. 6, § 2-7; fr. 7; fr. 10, § 1; fr. 12; fr. 15, D. VIII, 5.

(7) Fr. 2, pr. D. VIII, 5. Essa è parimente in acconcio per tutti i disturbi e lesioni della proprietà, le quali faccian ritratto di servitù: per esempio, fr. 13, 14, 17, pr. D. VIII, 5. — fr. 6, § 2, D. XLVII, 7.

(8) Fr. 5, pr. D. VII, 6. — fr. 15, D. XXXIX, 1.

(9) Questa è quistione molto contro-

3. D'altronde il romano dritto accorda l'azion *publiciana (actio in rem publiciana)* tanto a pro della servitù, quanto della libertà della proprietà.
a) Nel primo de' quali casi, l'attore non è tenuto di provar che il *dritto di servitù* gli appartiene, ma solamente aver egli acquistato il possesso della servitù per via di tradizione, ovvero perchè il proprietario ha comportato l'esercizio della servitù *(patientia domini)*.
b) Nel secondo caso, non dee l'attore provare ch'egli è proprietario della cosa, ma solamente averne esso acquistato il possesso per un giusto titolo e mediante tradizione (1).

§. 329. II. *Delle azioni possessorie.*

Le azioni possessorie, le quali possono invocarsi per sostenimento delle servitù, sono:
1. Rispetto alle servitù personali, gli interdetti ordinari *retinendae vel recuperandae possessionis* (§ 265-67) (2).
2. Quanto è alle servitù di fondi, è da distinguere:
a) Risguardo alle servitù *affermative*, l'esercizio delle quali è posto in un fatto proprio ed indipendente *(servitutes discontinuae)*, per esempio le servitù *itineris*, *viae*, *actus*, *aquae hauriendae*, gli interdetti ordinari non valgono; ma la legge dà, per cotali casi, di particolari interdetti (3). Questi sono: l' interdetto *de itinere actuque privato*, destinato a protegger la servitù di via, e quello *de itinere actuque reficiendo*, diretto a far riparare il cammino (4); l'interdetto *de fonte*, il qual protegge l' esercizio del dritto di attignere alla fontana o stagno altrui, e quello *de fonte reficiendo*, per ottener la restaurazione della fontana o altro (5).
b) Risguardo alle servitù affermative, l'esercizio delle quali per contrario richiede la permanenza di uno apparecchio o una costruzione *(servitutes continuae)*, si applica o l'interdetto *uti possidetis* (6), o pur taluni interdetti particolari a certe servitù così fatte; a modo di esempio l'interdetto *de aqua quotidiana et aestiva*, per rientrar nello esercizio di un dritto di condurre acqua, allorchè le costruzioni necessarie a questo effetto sussistono (7), e l'interdetto *de rivis*, tendente al miglioramento di dette costruzioni (8); come pur l'interdetto *de cloacis*, per ottener la nettatura ed il restauro di uno scolatoio (9).
3. Le servitù negative non sono mai altramente protette, che dall'interdetto *uti possidetis* (10).

versa, massime per cagion del § 4, J. IV, 15, e del fr. 7, § 5, D. XL, 12.

(1) Fr. 11, § 1, D. VI, 2.—fr. 1, § 2, D. VIII, 3.—fr. 4, § 7, D. VIII, 5.—fr. 18, D. XX, 1.

(2) Fr. 4, D. XLIII, 17.—fr. 13, § 13, 14, 16; fr. 9, § 1, D. XLIII, 16.—fr. 60, pr. D. VII, 1.—fr. 2, pr. § 3, D. XLIII, 26.

(3) Savigny, *Del possesso*, § 44, 46.

(4) Fr. 1, pr.; fr. 3, § 11, D. XLIII, 19.—fr. 4, § 5, D. VIII, 5.

(5) Dig. XLIII, 22.

(6) Fr. 20, pr. D. VIII, 2.—fr. 8, § 5, D. VIII, 5.

(7) Dig. XLIII, 20.

(8) Dig. XLIII, 21.

(9) Dig. XLIII, 23, comparato col fr. 1, pr. D. XLIII, 17.

(10) Fr. 8, § 5, D. VIII, 5. Intorno a tutti questi interdetti, v. Savigny, *Del poss.* § 45 e 46.

CAPITOLO IV.

DELLA ENFITEUSI (1).

§. 330. I. *Nozione della enfiteusi.*

L'enfiteusi è il drilto reale per lo qual noi ci serviamo dell' altrui proprietà siccome di nostra, e disponiamo della sostanza della cosa, senza però poterla deteriorare e sotto condizion di coltivarla, di migliorarla e di pagare ogni anno o in altro termine prefisso una determinata retribuzione (*canon*, *pensio*, *reditus*). Quegli il quale accorda sulla sua proprietà siffatto diritto, chiamasi *dominus emphyteuseos*; chi lo riceve, *emphyteuta*; e la cosa sottopostavi, *ager vectigalis s. emphyteuticarius.*

§. 331. II. *De' dritti dell'enfiteuta.*

Senza esser proprietario della cosa, l'enfiteuta ha presso che tutti i dritti nella proprietà compresi (2).

A. Cosicchè, ha egli il pieno godimento della cosa e per conseguente il dritto di possederla e di ritrarne tutti i frutti, de' quali irrevocabilmente acquista la proprietà non col raccorli, ma con solo staccarli (3). Egli non fa, veramente, sue le accessioni, ma non gli si può rifiutar sopra queste un diritto enfiteutico (4). Quant'è al tesoro, ei non v'ha dritto se non come ritruovatore (5).

B. Dipoi, l' enfiteuta ha il dritto di disporre della cosa medesima. La estensione e gli effetti di cotal dritto piglian regola dalle convenzioni delle parti; ma in mancanza di particolar convenzione, l'enfiteuta ha:

(1) Fonti: § 3, J. III, 24 (25). Dig. VI, 3; XXXIX, 4.—Cod. Theod. X, 3.—Cod. Just. IV, 66.

Bibliografia: Cuiacio, *Recit. solemn. in tit. Cod. de jure emphyt.*—Doneau, *Comm.* IX, 13-15.—Janus a Costa. *Præl. in tit. C. de jure emph.* Vecorda edit. p. 346.—Galvanus, *De usufr.* c. 27, § 5.—Madihn, *De vera indole agrorum vectigalium sec. jur. rom. doctrinam.* Berol. 1773.—Groscurd, *De jure emph.* Groening. 1803.—Kluppel, *De jure emph.* Groen. 1807.—Raupp, *De jure emph.* L. B. 1807.—Faure, *De emph. ex jure rom.* Groen. 1819.—Gluck, *Comm.* t. 8. § 600-619.—Nothomb, *Spec. de historia juris emph. apud. Rom.* Leodii, 1826.—Vertoren, *Diss. de jure emph.* Ultraj. 1826.—Muehler, *De jure emph. transferendo.* Berol. 1835.

(2) Questo motivo, aggiunto a quell'altro che il dritto romano accordi all'enfiteuta una *utilis in rem actio*, aveva già persuaso a'chiosatori di nominare il complesso delle ragioni ch'egli ha in sulla cosa *dominium utile*, mentrech'essi denotavano per *dominium directum* la proprietà che conservava il *dominus*, perciocch'egli, siccome proprietario vero della cosa, aveva la *rei vindicatio directa*. Per la espressione *dominio utile* non hassi ad intendere una vera proprietà, sibbene un dritto in sulla cosa altrui (*jus in re aliena*), somigliante per estensione ed effetti al dritto di proprietà.—Lang, *Comm. de dominii utilis natura, indole et historia, ejusque in jure romano et germano vestigiis.* Goett. 1793. Le sentenze degli autori sono intorno a ciò molto diverse.

(3) Fr. 25, § 1, D. XXII, 1.

(4) Arg. fr. 10, § 1; fr. 32; fr. 65, D. XXIII, 3.

(5) Arg. fr. 7, § 12, D. XXIV, 3.—Quelli i quali accordano all'enfiteuta una vera proprietà, sono naturalmente di altro avviso (per esempio, Gluck, *Comm.* t. 8, p. 398); ma Malblanc, *Princ. jur. rom.* § 415, e Schweppe non gli accordano alcun diritto reale.

1. Il dritto di disporre della sostanza della cosa e di farvi quelle mutazioni ond'ella non resti deteriorata (1).

2. La facoltà di rilasciare altrui l'esercizio del suo diritto, di alienar lo stesso dritto enfiteutico tra vivi, e disporne per caso di morte (2): ondechè può egli eziandio dar la cosa in pegno e sottoporla a servitù, senza il consentimento del proprietario (3); ma se per effetto delle convenzioni intervenute allo stabilimento della enfiteusi *(ex lege constitutionis)* lo stabile ritorna pienamente al proprietario, le servitù senza il costui consenso costituite dall'enfiteuta si estinguono, giusto la regola: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* (4). La sola vendita è eccettuata, dovendo per essa l'enfiteuta ottenere il consentimento del proprietario, il quale ha il dritto di farsi preferire facendo le offerte medesime del compratore. Pertanto, è l'enfiteuta tenuto di significargli il suo proposito di vendere, e il proprietario può entro due mesi usare il suo privilegio di comperare innanzi ad ogni altro. Se durante il detto spazio, non ha egli fatto dichiarazione alcuna, l'enfiteuta è autorizzato a vendere senza il consenso del proprietario: solo si ricerca che la vendita sia fatta a persona capace di coltivare ed amministrare il bene enfiteutico (5).

3. In caso di morte dell'enfiteuta, l'enfiteusi passa in generale a' suoi eredi testamentari ovvero ab intestato (6).

4. La legge dà all'enfiteuta, per far valere suo dritto, un'azion reale utile *(utilis in rem actio)*, anche contro al proprietario (7).

§. 332. III. *Delle obligazioni dell'enfiteuta.*

Le obligazioni all'enfiteuta imposte, in mancanza di particolari convenzioni, sono le seguenti:

1. Egli è tenuto a sopportar tutte le gravezze ed imposizioni pubbliche, alle quali la cosa è soggetta (8).

2. Deve migliorar la cosa tanto ch'è possibile, o almeno coltivarla per modo ch'ella non sia punto peggiorata (9). Adunque non può egli esigere indennità alcuna pe' miglioramenti apportati alla cosa, la qual deve restituire almeno in altrettanto buono stato che l'ha ricevuta.

3. Deve pagare il canone al tempo prefisso, e senza che ne sia richiesto (10).

4. Quando il dritto enfiteutico è dall'enfiteuta trasferito ad un successor particolare, per donazione, legato, permuta o vendita, il proprietario ha dritto alla cinquantesima parte del prezzo di compera, o mancando questo, ad altrettanta parte della estimazion della cosa *(quinquagesima pars pretii vel aestimationis*, ovvero *laudemium)* per l'accettazione del novello enfiteuta: al qual pagamento è obligato, quando non vi sia particolar convenzione, l'enfiteuta novello, salvo però s'egli fosse erede dell'enfiteuta morto,

(1) Auth. *Qui rem*, C. I, 2.—Nov. 120. c. 8.

(2) Const. 3, C. IV, 66.—§ 3, J. III, 24 (25).—fr. 71, § 5, 6, D. XXX.—Const. 1, 3, C. XI, 70.

(3) Fr. 16, § 2, D. XIII, 7.—fr. 1, pr. D. VII, 4.

(4) Fr. 31, D. XX, 1.

(5) Const. 3, C. IV, 66.

(6) Nov. 7, c. 3, combinata con la Nov. 120, c. 6, § 1.—Il dritto enfiteutico può eziandio trasferirsi altrui per legato: fr. 71, § 5, 6, D. XXX.

(7) Fr. 1, § 1, D. VI, 3.—fr. 12, § 2, D. VI. 2.

(8) Const. 2, C. IV, 66: « Neque apochas tributorum domino reddiderit. » Const. 2, C. X, 16 (a).

(9) Nov. 120, c. 8.

(10) § 3, J. III, 24 (25).—Const. 2, C. IV, 66.

(a) Intendi, che l'enfiteuta era tenuto di presentare al padron della enfiteusi le ricevute de'riscotitori delle imposte, per cautela di quello. *(Trad.)*

perchè in tal caso non si paga laudemio (1). Ancora, siffatto *laudemium* non è dovuto, se non quando il proprietario ha dichiarato di accettare il nuovo enfiteuta, non affatto allorch' egli rifiuti il suo consentimento ed in tale rifiuto persista due mesi (2).

§. 333. IV. *Della constituzione dell'enfiteusi.*

Il dritto enfiteutico si acquista:

1. Per la concessione fattane dal proprietario vero del fondo, o che per convenzione e con la seguente tradizion della cosa (3), o che per disposizione di ultima volontà.

2. Per usucapione, s'esso diritto è stato stabilito da chi non era proprietario, e se l'enfiteuta lo ha esercitato di buona fede per dieci oppur venti anni: ma è necessario che la cosa medesima sia tale, che possa esser prescritta in detto spazio di tempo (4). Chi durante un lungo volger di tempo possiede un bene *animo emphyteutae*, sul quale nessuno non gli ha concesso un dritto enfiteutico, ma di cui egli paga il canone, acquista mediante l'accettazion di questo canone fatta dal propietario una *tacita costituzione* della enfiteusi, ed in siffatto caso il decorso de' dieci oppur venti anni non è precisamente richiesto.

§. 334. V. *Della estinzione dell'enfiteusi.*

L'enfiteusi si estingue:

1. Quando la cosa perisce del tutto (5).

2. Allorchè la enfiteusi è stata conceduta da tale, la cui proprietà era rivocabile e temporanea, essa sen va insieme con la proprietà (6).

3. Per lo adempimento del tempo o della condizione, onde l' estinguimento suo dipende.

4. Quando l'enfiteuta cede il suo dritto al proprietario (7); ovvero per altri motivi il dritto dell'enfiteuta pur si consolida con quello del proprietario, il che segnatamente accade allorchè l'enfiteuta muore senza eredi legittimi e senza disporre della enfiteusi per testamento; o pure, quando il proprietario acquista, mediante prescrizione, la libertà della cosa (*usucapio libertatis*).

5. Allorquando un terzo ha per via di usucapione acquistato la proprietà della cosa data in enfiteusi (8).

6. Da ultimo, vi sono parecchi motivi pe' quali l' enfiteuta soggiace, a nome di pena, alla perdita del proprio diritto. Tal è di lui:

a) Quand'egli deteriora la cosa (9).

b) Quando nella enfiteusi di beni ecclesiastici egli resta due anni, e in

(1) Const. 3, ibid.—Voet, *Comm. ad Pand.* VI, 3, § 26-35.—Gluck, *Comm.* t. 8, § 611-614.

(2) Const. 3, citata: « Novum emphiteutam in possessionem suscipere — transferre. »

(3) Del contratto enfiteutico, *v.* il § 420.

(4) Per analogia coll'acquisto delle servitù mediante usucapione. *V.* la const. 14, C. XI, 61.—Unterholzner, *Verjæh.* t. 2, § 239, sente altramente.

(5) § 3, J. III, 24 (25)—Const. 1, C. IV, 66.

(6) Giusto la regola: *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.* Arg. fr. 11, § 1, D. VIII, 6. fr. 105, D. XXXV, 1.—*V.* sopra, § 274.

(7) È veramente dubbio se l'enfiteuta possa lasciare il fondo senza il consentimento del proprietario; vedi nondimeno la const. 3, C. XI, 61.

(8) Unterholzner, *Verj.* t. 2, § 241 — L'enfiteuta non può, con non pagare il canone, acquistare la piena proprietà della cosa. Const. 7, § 6, C. VII, 39.

(9) Questo caso dev'esser giudicato secondo il complesso delle circostanze. Nov. 120, c. 8, comp. col fr. 13, § 15, D. VII, 1

quella di beni laicali resta tre anni di pagare il canone, ovvero che per ambedue dette sorte di beni egli è debitor di due annate di pubbliche imposte e non ne presenta al proprietario le ricevute (1).

c) Quando egli ha venduta la cosa ad un terzo, senza darne innanzi avviso al proprietario (2). Ne' quali tutti casi, il proprietario nondimeno non può di sua sola autorità espellere l'enfiteuta, ma è tenuto d'intentar contro di questo un'azione che lo privi del suo diritto (3).

CAPITOLO V.

DELLA SUPERFICIE (4).

§. 335. I. *Nozione della superficie.*

La superficie (*superficies* ovvero *superficium*) è in romano diritto tutto ciò ch'è superficiale ad un fondo o ad uno edifizio, e che o per arte o da natura siavi talmente unito che ne faccia parte; per esempio, le case, gli arbori e le vigne (5). Giusta i principj posti nel § 284, il proprietario del fondo e del suolo ha altresì, per ragion di accessione, la proprietà di tutto quanto è compreso nella nozion della superficie (6); ma può egli ad un altro concedere un *diritto di superficie* (*jus superficiarium*), pel quale il superficiario acquista sulla superficie presso che tutte le ragioni del proprietario (7). Puossi, nello accordare il dritto di superficie, patteggiare un terratico (*solarium*, *pensio*), ma questo non è punto così essenziale, come il canone della enfiteusi. Ordinariamente siffatto *jus in superficie* non s'incontra se non negli edifizi rizzati in sull'altrui suolo, e qualche volta anche un solo piano costituisce l'obbietto della superficie (8).

§. 336. II. *De' dritti e delle obligazioni del superficiario.*

I dritti del superficiario sono, per la più parte, i medesimi che quelli dell'enfiteuta. Egli dunque ha:

1. Il pieno godimento della superficie, per quanto gli è stato concesso *ex lege locationis* (9).
2. Tramanda suo dritto a' suoi eredi ab intestato.
3. Può disporne in qualunque guisa, così tra vivi come per morte (10).
4. Può dare a pegno la superficie per quanto tempo dura il suo dritto (11), e gravarla di servitù (12).

(1) Const. 2, C. IV, 66. — Nov. 7, c. 3, § 2.

(2) Const. 3, C. ibid.

(3) Doneau, *Comm.* IX, 15.

(4) FONTE: Dig. XLIII, 18. — BIBLIOGRAFIA: Doneau, *Comm.* IX, c. 16-18. — Dittmar, *Diss. de superf. notione.* Lips. 1810. — Gesterding, *Vom Eigentum*, p. 444 — 456.

(5) Fr. 32, D. XXIII, 3. — fr. 39, D. XXXI. — fr. 2, D. XLIII, 18.

(6) Calo, II, 73-75. — Gajus epit. II, 1, 4. — fr. 3, § 7, D. XLIII, 17: « Semper enim superficies solo cedit. » § 29-31, J. II, 1. — fr. 2, D. XLIII, 18.

(7) Questo è il secondo caso in cui si ammette ordinariamente un dominio *diretto* ed *utile* (a).

(8) Fr. 3, § 7, D. XLIII, 17.

(9) Fr. 1, pr. D. XLIII, 18. « *ex lege locationis.* »

(10) Fr. 10, D. X, 2. — fr, 1, § 7, D. XLIII, 18.

(11) Fr. 16, § 2, D. XIII, 7 — fr. 9, § 1, D. XX, 1. — fr. 15, D. XX, 4.

(12) Fr. 1, § 9, D. XLIII, 18.

(a) Intendi, dopo quello della enfiteusi, del qual si è ragionato il medesimo nelle note al § 331. (*Trad*).

5. La legge gli dà, per proseguir suo dritto, un'azione reale utile (1), ed un interdetto particolare *de superficiebus* per farsi mantenere in possesso (2). Ma per farsi restituire il possesso perduto, egli ha gli interdetti ordinari *de vi* e *de precario* (3).

I suoi doveri consistono nella obligazione di soddisfare a tutti i carichi e tributi inerenti ed imposti alla superficie (4), e di pagare il terratico (*solarium*) quando sia convenuto (5): ma non è soggetto a pagamento di laudemio allorch'egli aliena il suo dritto. Il superficiario è parimente obligato a restituire la cosa, ma non è punto tenuto pe' deterioramenti senza sua colpa cagionati o da vetustà, ovvero dal caso.

§. 337. III. *Dell'acquisizione e della estinzion della superficie.*

Il dritto di superficie si acquista:

1. Per *convenzione*, quando il proprietario di un fondo il concede ad un altro per costruirvi uno edifizio e possederlo a titolo di superficie (*jure superficiario*); ovvero quand'egli alloga ad un altro una superficie già fatta, o pur gliela vende, riserbandosi la proprietà del suolo (6); ovvero quando egli vende altrui il suo fondo senza la superficie, la qual si riserba (7).

2. Il dritto di superficie si acquista ancora per atto di *ultima volontà* (*superficies legata*); ma non mai per usucapione, perciocchè con questa si acquista nello stesso tempo il suolo, nè ci entra più dritto di superficie (*jus in superficie*) (8).

Il dritto di superficie si estingue per le cagioni medesime che la enfiteusi, senzachè pertanto i principj regolanti la privazion dell'enfiteusi (§ 334, nº 6) possano qui parimente applicarsi (9).

(1) Fr. 1, § 3, 4, D. Ibid.; fr. 74, D. VI, 1; fr. 12, § 3, D. VI, 2.

(2) Fr. 1, pr. D. XLIII, 18. — fr. 3, § 7, D. XLIII, 17.

(3) Fr. 1, § 5, D. XIII, 16. — fr. 2, D. XLIII, 26. — Savigny, *Poss.* § 47.

(4) Giusto la nota regola: *Qui habet commoda, debet ferre onera*: fr. 7, § 2, D. VII, 1.

(5) Fr. 39, § 5, D. XXX. — fr. 15, D. XX, 4. — fr. 73, § 1; fr. 74, 75, D. VI, 1.

(6) Fr. 73, § 1; fr. 74, D. VI, 1. — fr. 1, § 1, D. XLIII, 18.

(7) Fr. 44, § 1 in fine, XLIV, 7. In tal caso la proprietà della superficie passa egualmente al comprator del fondo (*superficies transit, quæ natura solo cohæret*); ma il venditore conserva un *diritto in sulla superficie*.

(8) Fr. 26, D. XLI, 3.

(9) Sono autori i quali, per cagion del fr. 15, D. XX, 4, sostengono il contrario pel caso che non sia pagato il canone; ma il detto luogo non di altro ragiona che del dritto spettante al proprietario del suolo di esser preferito a colui al quale il superficiario ha impegnata la superficie.

CAPITOLO VI.

DE' DIRITTI DI PEGNO E D'IPOTECA (1).

TITOLO I.

NOZIONE E NATURA GENERALE DE'DRITTI DI PEGNO ED IPOTECA.

§. 338. I. *Nozione.*

I dritti di pegno e d'ipoteca *(pignus , hypotheca , obligatio rei)* son ragioni reali (2) che un creditore ha sulla cosa altrui (3), per sicurità di suo credito , e per fin di potere , a bisogno , alienarla per farsi pagare. Quando il creditore ottiene altresì il possesso della cosa sottostante al suo dritto , egli ha un *pegno (pignus* nel vero senso *)* , il qual s'intende principalmente di cosa mobile ; se tal possesso manca , egli ha una *ipoteca* (4). Gli stessi principj si applicano in generale a tutt'e due tali spezie di dritti (5); e la cosa ad essi sottoposta chiamasi in romano dritto egualmente *res obligata, supposita , obnoxia* (6).

§. 339. II. *Delle condizioni del pegno e della ipoteca.* A. *Un credito.*

I dritti di pegno e d'ipoteca sono, per natura loro, diritti puramente accessorî : il perchè presuppongono ognora la esistenza di un credito, il quale debbono essi guarentire (7). La natura per altro del detto credito , sia egli civile o pur naturale , il suo scopo , la persona obligata , la esistenza sua presente o soltanto avvenire , poco montano (8) : nientedimeno , la efficacia

(1) Fonti : Paolo, *Sent. rec.* lib. 2, tit. 13. — Dig. XX. — Cod. VIII, 14-35.

Bibliografia :

Sul dritto antico: Conradi, *Diss. I, II, de pacto fiduciæ*. Helmstadt. 1732, 33; e ne' suoi *Script. minor.* Halæ 1823 , vol. 1. — Trierbarch (pr. Muller), *Historia jur. civ. de pignoribus.* Sect. 1. Lips. 1714, — Zachariæ , *Comm. de fiducia*, cap. 4, Gothæ, 1830. — Stass, *De contractu fiduciæ.* Leodii, 1824.

Sul dritto novello: Doneau, *Comm.* IX, 20. — Il medesimo , *Comm. ad Cod. lib. VIII, tit. 14-35. Oper.* t. IX, p. 1009.— Erxleben, *Principia de jure pign. et hyp.* Goett. 1779. — Gesterding , *Die Lehre de vom etc.* Greiswald, 1816. — Gluck, *Com.* 14 parte, § 851 ; 18 e 19, § 1074. — Minggnet , *Diss. hist. jur. de pign. et hyp. apud Rom.* Gandavi, 1826.

(2) Il dritto di pegno ed ipoteca è ordinariamente un dritto *reale (jus in re)*, ma sol quando esso abbia ad obbietto una cosa corporale: il dritto di pegno conferito sopra un credito conserva piuttosto la sua natura di obligazione.

(3) Non si ha dunque realmente dritto alcuno di pegno e d'ipoteca in sulla cosa sua propria: fr. 45 , pr. D. L, 17. — fr. 29, D. XIII, 7. — fr. 33, § 5, D. XLI , 3. — fr. 9, pr. D. XX, 6.

(4) Cicerone, *Ad divos*, XIII, 56; *De Officiis*, 3, 14. — Isidoro, *Origines*, 3, 25.

(5) § 7, J. IV, 6. — fr. 5, § 1, D. XX, 1. — fr. 9, § 2, D. XIII, 7. — fr. 238, § 2, D. L, 16.

(6) Per es: fr. 11, § 6, D. XIII, 7.—Const. 6, C. VIII, 17.—Const. 6, § 2, 6. V, 9.

(7) Fr. 5; fr. 25, D. XV, 1. — Const. 1, 2, C. VIII, 33.

(8) Fr. 5, pr. § 2, D. XX, 1. — fr. 9, § 1, D. XIII, 7.— fr. 14, § 1, D. XX, 1: «Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.»—Const. 2, C. VIII, 31: «Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione

de' dritti di pegno e d' ipoteca si regola, in generale, secondo quella del credito per essi guarentito (1).

§. 340. *B. Una cosa appropriata al pegno.*

Tutte le cose porgenti una guarentigia al creditore ed alienabili, sono idonei obbietti del pegno ovvero ipoteca (2). Sotto queste due condizioni, le cose corporali di ogni sorta, parimente che le incorporali, possono esser validamente impegnate ovvero ipotecate. Tra le cose corporali che possono essere obbietto del pegno o della ipoteca, voglionsi noverare:

1. Le servitù: ondechè non solo il proprietario di una cosa può dare al creditore per sua sicurezza l'usufrutto di quella (3), ma l'usufruttuario medesimo può il suo usufrutto ipotecare; nel qual caso però, il creditore non acquista il dritto stesso di usufrutto, ma soltanto la facoltà di raccorre i frutti tantochè il dritto dell' usufruttuario dura (4). Una reale servitù, per contrario, non può essere ipotecata senza il fondo dominante (5): ma pur nulla impedisce al padrone di un podere il costituire al suo creditore, per pegno di suo credito, una servitù rusticale, anche con condizione che questi, non essendo pagato, possa venderla ad un altro vicino (6) (7).

2. Quando per pegno è dato un credito, il creditor non soddisfatto può, la mercè del proprio diritto, domandar l' alienazione del credito ovvero intentare in nome suo proprio un' azione utile. Se l' obbietto del credito dato per pegno è una somma di danari, egli può esigerne tanto, che pareggi il montar della sua dimanda; se invece è una cosa corporale, ricevendola, gli resta per pegno (*pignoris loco*) (8).

3. Finalmente, può il creditore a sua volta impegnare il dritto d' ipoteca o di pegno ch'egli ha su d' una cosa; e in questo caso il creditor del creditore (*creditor creditoris*) entra innanzi a costui nel privilegio sopra la cosa per farsi pagare (9).

§. 341. III. *Della estensione del pegno e della ipoteca.*

Il dritto di pegno e d' ipoteca è, in ordine al suo obbietto ed alla sua estensione, o generale (*pignus generale*) o speciale (*pignus speciale*) (10).

submota. » Il qual luogo riceve diverse interpretazioni.

(1) Fr. 2, D. XX, 3.—fr. 33, D. XX, 1. Le opinioni son molto discordi rispetto alla efficacia de'dritti di pegno e d'ipoteca accordati per sicurezza di una obbligazion naturale.

(2) Fr. 9, § 1, D. XX, 2.—Dig. XX, 3. —Cod. VIII, 17.—Gluck, *Comm.* t. 19, § 1091.

(3) Fr. 11, § 1; fr. 85, pr. D. XX, 1.

(4) Fr. 11, § 2; fr. 15, pr. D. XX, 1.—fr. 8, pr. D. XX, 6.

(5) Fr. 16, D. VIII, 1.—fr. 44, D. XIX, 2.

(6) È detto *un altro vicino*, perchè già s'intende che il creditore ch' avea ricevuto per pegno una servitù rusticana, doveva aver la sua possessione vicin di quella del suo debitore; altrimenti la servitù non si sarebbe potuta costituire (§ 319). *(Trad.)*.

(7) Fr. 11, § 3; fr. 12, D. XX, 1. Vero è, che il citato fr. 12 riceve diverse spiegazioni. *V.* Gluck, *Comm.* t. 14, p. 24; t. 19, p. 207.

(8) Fr. 18, pr. D. XIII, 7.—fr. 13, § 2; fr. 20, D. XX, 1.—Const. 4, C. VIII, 17. —Const. 7, C. IV, 39. —Const. 2, C. IV, 15.—Bohn, *De nominis pignore.* Gœtt. 1818.—Gaupp, *De nom. pign.* Berol. 1820. —Huschke, *De pign. nominis.* Gœtt. 1820.

(9) Fr. 13, § 2, D. XX, 1,—fr. 14, § 3, D. XLIV, 3. Const. 1, 2, C. VIII, 24.

(10) Le sentenze degli autori sono molto discordanti intorno alle nozioni di *pignus speciale* e *generale.* V. Metz (præs. Schrader), *De vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales.* Tubing. 1818.—Caplik, *De generalis specialisque hypothecæ discrimine.* Gœtt. 1820. —Poi: Baumbach, *Difesa di una lezion fiorentina, nella L. 2, D.* qui pot. sunt in pign. Jena, 1820.

Il *pignus generale s. hypotheca omnium bonorum* è sol quando tutto il patrimonio del debitore sia impegnato. Cosiffatto dritto generale si estende, quando nessuna convenzione siasi fatta in contrario, a' beni futuri, cioè quelli che il debitore acquisti dopo la costituzion del pegno e della ipoteca; e comprende le cose di qualunque genere le quali formano parte del patrimonio del debitore, non altrimenti che s' elleno fossero state ad una ad una designate e specialmente impegnate, e per conseguenza eziandio quelle possedute da terzi (1) (2).

Il *pignus speciale* è:

1. Quando una o più cose particolari son date in pegno. In tal caso, il dritto di pegno o pur d' ipoteca s' apprende a ciascuna cosa individuale, e passa contro qualunque acquistatore di questa (3) (4).

2. Quand'esso ha per obbietto una universalità di cose (*universitas rerum*). La quale se sia di cose per propria loro destinazione soggette ad un cambio e traffico continuato, per esempio una merceria, tutte quelle singole merci che ne sono spacciate, restan francate del pegno ovvero della ipoteca (5). Ma d'altra parte, tutto ciò che vi si aggiunga dipoi, o che per produzione, o che per compera, sottentrerà al pegno tantochè l'universalità rimanga in man del debitore; perciocchè dal momento ch' ella passa a' suoi eredi, il dritto di pegno o ipoteca estendesi ancora, veramente, a tutte le cose individuali ad essa sottoposte ed alle sue produzioni, ma non punto alle acquisizioni fatte dagli eredi: anzi nel caso del successore a titolo particolare, il pegno o la ipoteca non comprende neppure le produzioni (6).

3. Quando sia data in pegno una porzion del patrimonio (*pars quanta* ovvero *pars quota*) (7).

Talvolta incontra che, oltre ad una generale ipoteca, il debitore obblighi spezialmente pel pagamento di un debito una cosa d' infra quelle componenti il patrimonio ipotecato: nel qual caso, se il patrimonio non è impegnato se non in sussidio, il creditor deve incominciare dallo attenersi alla cosa spezialmente impegnata (8); se all' incontro il pegno speciale seguita la generale ipoteca, il dritto del creditore non è per siffatta guisa ristretto. Oltre a ciò, se l' ipoteca speciale abbraccia più cose individuali, il creditore ha la scelta (sempre che altro non sia convenuto) di sperimentar suo dritto su quella cosa che più gli conviene (9).

(1) Ma delle quali il debitore nonpertanto conservi la proprietà, come in tanti casi ragionati disopra. E vogliono i dottori che il general pegno ovvero ipoteca si estendesse, per contrario, altresì su quelle cose delle quali il debitore avesse il solo legittimo possesso, massimamente fondandosi nella espressione *in bonis esse*, costantemente adoperata dal romano dritto nel presente ragionamento. (*Trad.*)

(2) Fr. 1, pr.; fr. 15, § 1; fr. 34, § 2, D. XX, 1.—Const. 9, C. VIII, 17.—Const. 8, § ult. C. V, 9 (a). — Questo punto di dritto è molto dibattuto infra gli autori.

(3) Maraviglia è certamente il veder la traduzione francese, e così le italiane, porre che il dritto di pegno o ipoteca sopra cosa individuale passi, insieme con essa, in mano di qualunque acquistatore della cosa; l'assurdità della quale sentenza è fuori di ogni dubbio. (*Trad.*)

(4) Fr. 18, § 2, D. XIII, 7.—Const. 12, C. VIII, 28. — Const. 15, C. VIII, 14. Ma lo stesso diritto non si estende a ciò che sia stato comprato del prezzo ritratto dalla vendita della cosa impegnata. Fr. 7, in fine, D. XX, 4.—Const. 3, C. VIII, 15.

(5) Fr. 34, pr. D. XX, 1.

(6) Fr. 13, pr.; fr. 26, § 2; fr. 29, pr. § 1, D. XX, 1.—Const. 3. C. VIII, 15.

(7) Per es: const. 1, C. VI, 43. — Nov. 108, c. 2.

(8) Fr. 15, § 1, D. XXI, 1.—Const. 9, C. VIII, 28.—Const. 2, C. VIII, 14. — Koch, *Diss. de concursu hypothecae specialis et generalis*. Giess. 1782. — Gluck, *Comm.* t. 18, p. 235.

(9) Fr. 8, D. XX, 5.

(a) La qual veramente non par che faccia punto al presente proposito; onde crediamo sia corso sbaglio. (*Trad.*)

TITOLO II.

DELLA COSTITUZIONE DEL PEGNO E DELLA IPOTECA.

§. 342. I. *Di volontà privata.* A. *Condizioni.*

Il dritto di pegno e d' ipoteca può essere stabilito di volontà delle parti, le quali possono solamente sottoporvi quelle cose ond' elleno sono proprietarie, o almeno delle quali hanno libera facoltà di diporre; ma tali cose possono poi dare in pegno tanto del debito lor proprio, quanto dello altrui (1). Similmente il compadrone può impegnar la sua parte della cosa comune (2): anzi anco lo stranio può all' altrui cosa imporre un dritto di pegno o ipoteca, consentendo (3) o pur ratificando il proprietario (4), ovveramente pel caso ch' egli medesimo ne diventasse padrone (5). Perciocchè, per fermo, il pegno della cosa altrui si convalida ognivoltachè il debitore diventi poi proprietario di quella (6). Ma il pegno e la ipoteca pigliano pur valore dall' esser per avventura il padron della cosa diventato poscia erede del debitore che sopr' essa pose il pegno o la ipoteca? La quistione è dibattuta assai; par nondimeno che la sentenza affermativa sia da preporre (7). Del restante, le formalità medesime in taluni casi richieste per alienare una cosa, similmente si richieggono per sottoporla a un dritto di pegno ovvero ipoteca (8).

§. 343. B. *Del modo di costituzione.*

Il pegno e la ipoteca liberamente consentiti possono stabilirsi:

1. Per *convenzione*. Nel caso del pegno hassi il *contractus pigneratitius*, in quel della ipoteca il *pactum hypothecae*: il primo de' quali ricerca, per fare acquistare il dritto reale, la tradizion della cosa, il secondo fa senza di questa (9).

2. Per *disposizion testamentaria*: nel qual caso il dritto reale è acquistato nello stante medesimo della morte del testatore (10).

Per altro, la intenzione di soggettare alcuna cosa ad un diritto di pegno ovvero ipoteca, può così nel primo come nel secondo caso essere espressa o pur tacita. La tacita intenzione risulta da fatti tali, che non altra spie-

(1) Fr. 2, D. XIII, 7.—Const. 2, 6, C. VIII, 16.—fr. 5, § 2, D. XX, 1.

(2) Const. un. C. VIII, 21.—fr. 3, § 2, D. XX, 4.—fr. 7, § 4, D. XX, 6.

(3) Ch'è quello che *tacitamente* avviene allorch' egli entra mallevadore del debitor che impegna il suo (fr. 5, § 2, D. XX, 2); o pur con tal silenzio, che sa di frande, si passa del pegno o della ipoteca imposta alla sua cosa: fr. 41 in fine, D. XIII, 7.—Const. 2, C. VIII, 16.

(4) Fr. 20, pr. D. XIII, 7.—fr. 16, § 1, D. XX, 1.

(5) Fr. 16, § 7, D. XX, 1.

(6) Fr. 41, D. XIII, 7.—Const. 5, C. VIII, 16. Ma supponesi che il creditor sopra pegno era di buona fede: altrimenti, egli non ha se non un dritto di ritenzione. Fr. 1, pr. in fine, D. XX, 1.

(7) Fr. 41, D. XIII, 7, comparato col fr. 22, D. XX, 1. Si può a sostegno dell'affermativa allegare, oltre al citato fr. 22, l'analogia della const. 5, C. VIII, 16, e della const. 14, C. III, 32.

(8) Fr. 1-3, Dig. XXVII, 9.—Const. 22, C. V, 37.—Const. 22, C. V, 70.—Const. 1, C. V. 71.

(9) § 7 in fine, J. IV, 6.—fr. 1, pr. D. XIII, 7.—fr. 4, D. XX, 1.

(10) Fr. 26, pr. D. XIII, 7.—fr. 12, D. XXXIV, 1.—Musset, *De jure pignoris legato.* Heidelb. 1810, 1811.

gazione ammettano, salvochè quella di voler gravare la cosa di un pegno o di una ipoteca (1).

§. 344. C. *Del tempo in cui comincia* (2).

Il dritto di pegno ovvero ipoteca convenzionale comincia nel punto medesimo che la cosa è impegnata, o pur dal punto che debito vi ha (3). Quello dato per testamento non ha effetto se non dal momento della morte del testatore, quando pure il debito risalisse a un tempo innanzi. Se il debito non fosse ancora nel punto che il testatore è morto, il dritto reale non si effettua se non dal punto che il debito nasce (4).

§. 345. D. *Delle obbligazioni per esso guarentite.*

Il pegno e la ipoteca liberamente consentiti guarentiscono non solo la obbligazion principale, ma eziandio gl'interessi, le spese giudiciali fatte dal creditore, e le spese necessarie ed utili (5); come pur gl'interessi convenzionali e la clausola penale stipulati *innanzi* alla costituzione del dritto (6). Ma il pegno o la ipoteca ordinati espressamente per sicurezza del solo capitale, ovvero degli interessi, o pur di una parte del debito, queste sole obbligazioni assicurano (7).

§. 346. II. *Per disposizione giudiziale.*

I dritti di pegno e d'ipoteca possono pure essere stabiliti contro volontà del proprietario, per disposizione giudiziaria. Il che può essere a due modi:

A. Per la intromissione dal pretore fatta del creditore ne' beni del debitore, senza che alcuna sentenza diffinitiva non sia preceduta (*missio creditoris in bona debitoris*) (8). Alla qual categoria appartengono i seguenti casi:

1. La *missio damni infecti causa*, per sicurtà dal danno che la rovina di una casa vicina potrebbe cagionare (9).

2. La *missio legatorum servandorum causa*, per sicurtà di un lascio fatto sotto condizione o termine (10).

3. La *missio ventris in possessionem*, cioè la messione della vedova del testatore in possesso de' beni della successione, per assicurar le ragioni del figliuol postumo (11).

(1) Per es: fr. 5, § 2, D. XX, 1.— Const. 9. C. VIII, 17.—Ma la const. 5, C. IV, 65, non può essere addotta per esempio. —Il dritto di pegno o ipoteca convenzionale tacito non vuol esser confuso con quel che i Romani chiamano *pignus tacitum* (§ 347).

(2) Hepp, *Diss. qua inquiritur ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat.* Lips. 1825.—*V.* pure De Buchholtz, *Qui potiores sunt in pignore.* Regiom. 1829, p. 57.

(3) Fr. 1, 9, 11; 12, § 2, D. XX, 4. — fr. 4, D. XX, 3. — Gluck, *Comm.* t. 19, p. 332.

(4) Quando comincia egli il dritto di pegno o ipoteca conferito su cosa, della quale il debitore impegnante acquisti la proprietà dopo della costituzion del pegno o della ipoteca? Fr. 1, pr. D. XX, 1. — fr. 3, § 1; fr. 7, § 1, D. XX, 4.

(5) Fr. 8, pr. § 5; fr. 25, D. XIII, 7.— Const. 6, C. VIII, 14.—fr. 13, § 6, D. XX, 1.

(6) Arg. fr. 54, pr. D. XIX, 2, comp. con la const. 4, C. IV, 32.

(7) Fr. 11, § 3, D. XIII, 7.—fr. 5, § 1, D. XX, 2.

(8) Fr. 26, D. XIII, 7. — fr. 3, § 1, D. XXVII, 9.

(9) Dig. XXXIX, 2.

(10) Dig. XXXVI, 4. — Cod. VI, 54. — Ma quando i legatarii abbiano una ipoteca legale per sicurtà di lor legati, non accade più questa (§ 348). Const. 1, 3, C. VI, 43.

(11) Dig. XXXVII, 9.

4. Da ultimo, la *missio rei servandae causa*, la quale accade quando il reo non comparisce punto nel termine statuito per la contestazion della lite (1). Tutti quali diritti di pegno e d'ipoteca, a tal modo constituiti per la intromessione ne' beni fatta dal pretore, vanno sotto il nome di *pignus praetorium* (2).

B. Per la *pignoris capio*, quando il pretore fa mettere ad esecuzione una sentenza ch'abbia acquistato forza di cosa giudicata: ch'è quel che chiamasi *pignus ex causa judicati captum* (3). I moderni lo nominano *pignus judiciale*.

§. 347. III. *Per disposizione legale.*

Finalmente, in molti casi, i dritti di pegno e d'ipoteca son direttamente fondati sopra una disposizion della legge; perciocchè sono di pieno dritto annessi ad un credito sittostoch'egli esiste, e senza che sieno stati espressamente constituiti per sicurarne il pagamento (4). Cosiffatto dritto i Romani chiamano *pignus quod tacite contrahitur* (5), ovvero *tacita hypotheca* (6); i moderni, *pignus legale* (*ipoteca legale*). L'usucapione non può dar nascimento a dritto alcuno di pegno nè d'ipoteca (7).

§. 348. A. *De' dritti di pegno e d'ipoteca legale generali* (8).

I pegni e le ipoteche poste dalla legge, sono *generali* ovvero *speciali*.

Hanno un pegno ed una ipoteca generali:

1. Il fisco, per le imposte ritardate, in su' beni de' sudditi, facendo tempo dal dì che quelle sono scadute (9); ancora, in su' beni de' suoi amministratori, dal dì che sono entrati in officio; infine, sopra i beni di tutti coloro i quali han contrattato con lui, per le obbligazioni dal contratto nascenti (10).

2. Il marito, a cagion della dote promessa, in su' beni del promettitore, dal dì delle nozze: nel qual tempo se la promessa non fosse ancor fatta, il dritto del marito non comincia se non dal dì ch'ella sia fatta (11).

3. La moglie, i suoi eredi e suo padre, in su' beni del consorte, per assicurar la restituzione della dote: lor dritto comincia il dì delle nozze, se di quel tempo la dote è stata già costituita; se non, dal dì della sua costituzione. Il medesimo è dello aumento della dote, dal dì ch' ella è stata

(1) Fr. 2, D. XLII, 4.

(2) Nel dritto romano posteriore, dopo abolito l'antico *ordo judiciorum*, le messioni in possesso al par della *pignorum capio* furono fatte non pur dal pretore, ma eziandio da qualunque altro giudice: nondimeno, l'antico nome *pignus praetorium* rimase. Codice, VIII, 22.

(3) Fr. 31, 58, D. XLII, 1.—fr. 50, 75, § 1, D. XXI, 2.—fr. 10, D. XX, 4.— Cod. VIII, 23; VII, 53.—Kustner, *Diss. de pignore in causa judicati capto*. Lips. 1744.

(4) Dig. XX, 2.—Cod. VIII, 15.

(5) La ragione è perchè in tutti i casi in cui questo diritto ha luogo, egli è riguardato siccome tacita convenzione (*quasi id tacite convenerit*). Fr. 3; 4, pr.; 7, pr. D. XX, 2.—Const. 1, C. VI, 43.

(6) Const. un. § 1, C. V, 13.

(7) Wankel, *Diss. de pignore usucapto*. Giess. 1786.—Schmidt, *Dell' acquisizion del pegno e della ip. per usucap.* Jena, 1788. Questi due autori son di sentimento contrario: ma veggasi Thibaut, *Della prescriz.* § 37—Unterholzner, *Della prescriz.* t. 2, § 247 e 48.

(8) Delle ipoteche legali, *v.* Meissner, *Sposiz. de' dritti di pegno e d'ipot. legali*. 2 parti. Lips. 1803 e 4.—Gluck, *Comm.* t. 18, 19, § 1086-89.—Michiels van Verduynen, *Diss. de hypothecis legal. in jure rom.* Leodii, 1824.

(9) Fr. 5, § 2, D. L, 15.—Const. 1, C. IV, 46.—Const. 1, C. IV, 15.—De Buchholtz, *Qui potiores sunt in pignore*. Regiom. 1829, p. 41.

(10) Fr. 46, § 3; fr. 47, pr. D. XLIX, 14.—Const. 2, 3, C. VII, 73.—Const. 2, C. VIII, 15.

(11) Const. un. § 1, C. V, 13.

aumentata (1). Oltracciò, vedesi egualmente assicurata la donazione per conto di nozze (*donatio propter nuptias*) sopra i beni del promettente (2): e finalmente, la moglie ha gli stessi diritti rispetto a' suoi beni parafernali (*parapherna*) in sulle faculità del marito, da quel dì ch'ella gliene ha dato il maneggio (3).

4. I figliuoli d'un primo letto, in su' beni di lor padrigno, per guarentia delle domande da far contro la propria madre rispetto al governo di loro tutela: il qual dritto principia dal dì che la madre si rimarita (4).

5. I figliuoli, in su' beni di lor padre o madre, per sicurare i dritti che essi hanno sopra i *lucra nuptialia* dell'uno o dell'altra; la proprietà de'quali ad essi appartiene o allo scioglimento del matrimonio de' loro genitori, o quando il genitor che li ha guadagnati passa a novelle nozze, e perde con ciò la proprietà di cosiffatti beni a favor de' figliuoli. Cotal diritto di pegno e d'ipoteca ha principio, nel primo caso, allo scioglimento medesimo del matrimonio; e nel secondo, non nello istante della celebrazion delle seconde nozze, sì bene da quello in cui il genitor risposato abbia acquistata la proprietà de' *lucra nuptialia* trasferentisi a' figliuoli (5).

6. I figliuoli, in su' beni del padre che maneggia le loro sostanze provegnenti dalla loro madre o da' loro ascendenti materni (*bona materna et materni generis*): lor diritto è da quel tempo, che il padre ha pigliato il detto maneggio (6).

7. Gl' impuberi, i minori ed i pazzi, in su' beni de' lor tutori e governatori, per le obligazioni risultanti dall'amministrazion della tutela, cominciando dal dì ch'essa è stata o avrebbe dovuto esser pigliata (7).

8. Colui al quale s'aspetta un legato lasciato a un vedovo o una vedova, o che dallo stesso consorte trapassato o che da un terzo, sotto condizione di non risposarsi, acquista un dritto di pegno e d'ipoteca in su' beni del trasgressor della condizione, dal momento ch'ella sia stata trasgredita (8).

9. La chiesa, in su' beni dello enfiteuta pe' deterioramenti cagionati alla enfiteusi, dal momento che questi sono avvenuti (9).

§. 349. *De' dritti di pegno e d'ipoteca legale speciali.*

Hanno uno spezial dritto di pegno e d'ipoteca legale:

Il locatore di un fondo urbano (sotto il qual nome si sa comprendersi non pur qualunque edifizio, ma eziandio qualunque luogo vuoto e non destinato a coltura), rispetto a' diritti resultanti dal contratto di allogagione,

(1) Const. un. § 1, cit. — Const. 19, C. V, 3. — § 29, J. IV, 6.

(2) Nov. 109, c. 1.

(3) Const. 11, C. V, 14.

(4) Const. 2, C. V, 35. — Const. 6, C. VIII, 15.

(5) Const. 6, § 2; 8, § 4, 5, C. V. 9. — Nov. 22, c. 24. — Nov. 98, c. 1, 2.

(6) Nondimeno è questo punto molto controverso. L'opinione generale si fonda in sulla const. 6, § 1, 2, 4, C. VI, 61. — Gluck, 19 parte, p. 134. — Thibaut, *System*, § 643. — I sostenitori della opinione contraria pretendono che la const. 6, § 4, non intenda parlare altro che de' *lucra nuptialia*.

(7) Const. 20, C. V, 37. — Const. un. § 1, C. V, 13. — Const. 7, § 5, C. V, 70. — Nov. 118, c. 5 in fine. — Bauer, *Diss. ex quo tempore tacita hyp. pupilli bona tutoris afficiat*. Lips. 1761. — Van Wessel, *Diss. de bonis tutorum tacita hyp. devinctis*. F. ad Rh. 1805. — I prodighi, gli ammalati e i cagionevoli, come pure gli assenti, non hanno ipoteca alcuna legale in sui beni del lor curatore; sì bene, dagli assenti in fuori, un *privilegium exigendi*, fr. 19-23, D. LXII, 5. — Biben, *Diss. de legali pupillorum etc. hypotheca*, Grœn. 1819, è di contrario avviso.

(8) Nov. 22, c. 44, § 2, 8. Gli autori non convengono circa la natura legale di siffatto dritto di pegno e ipoteca.

(9) Nov. 7, c. 3, § 2.

sopra tutte le cose che l'affittaiuolo arreca in sul fondo allogatogli (*invecta et illata*), dall'istante della recata (1).

2. Il locator di un fondo rustico (ch'è il nome di soli quelli destinati alla coltura) in su' frutti ricolti dal fittaiuolo, dal dì del ricolto (2). Il qual dritto, al pari che l'anzidetto, similmente appartengono al rilocatore, senza che pertanto i dritti del primo locatore possano per modo alcuno esser ristretti (3).

3. Chi abbia somministrato danari per rifare uno edifizio (*ad restitutionem aedium*), ha un dritto di pegno e d'ipoteca speciale in sull' edifizio rifatto e sul fondo che lo sostiene (*pignus insulae*); ma bisogna, per tal dritto esercitare, che il danaro sia stato espressamente dato per la riedificazione, nulla poi rilevando s'esso sia stato effettivamente usato per ciò, o per altro. Siffatto diritto s'ingenera quando si comincia a riedificare (4), nè può essere invocato da chi abbia fornito danari per la costruzion di uno edifizio tutto di nuovo, nè da chi non v'abbia posto altro che i materiali o pur l'opera sua (5).

4. I pupilli, sulla cosa che il tutore o un terzo abbia comprata de' lor denari (6): ma uopo è che tali denari non sieno stati dati al tutore o altrui in prestanza, perciocchè così essendo, il pupillo non eserciterebbe un dritto di pegno o d'ipoteca se non inquantochè questo fosse stato stipulato (7).

5. I legatarii ed i fedecommessarii, per sicurtà di lor legato e fedecommesso, hanno una speziale ipoteca in su' beni che l'incaricato del legato e del fidecommesso ha ricevuti dal testatore; ma non similmente sopra i beni propri di quello. Se il legato o fidecommesso è imposto a più persone, il dritto di pegno e d'ipoteca si appiglia, per quella parte del legato che ciascuno dee portare, a' beni ad esso lasciati dal testatore (8).

TITOLO III.

DEGLI EFFETTI DE' DRITTI DI PEGNO E D'IPOTECA.

§. 350. 1. *Principj generali.*
A. *De' dritti del debitore.*

Colui il quale pel debito suo proprio o per quello di un terzo ha conceduto ad un altro un dritto di pegno o d'ipoteca sulla sua cosa, restane proprietario come per innanzi (9); il perchè:

(1) Fr. 2-9, D. XX, 2. — fr. 32, D. XX, 1. — fr. 11, § 2, D. XX, 4. — Const. 5, C. IV, 65. — Const. 5, C. VIII, 15.

(2) Fr. 7, pr. D. XX, 2. — fr. 24, § 1, D. XIX, 2.

(3) Fr. 11, § 5, D. XIII, 7. — fr. 24, § 1; fr. 53, D. XIX, 2.

(4) Fr. 1, D. XX, 2. — fr. 24, § 1, D. XLII, 5. — fr. 11, D. XIII, 7. Ma per goder del dritto di privilegio e d'ipoteca ad un tempo, bisogna bene provar che il denaro è stato speso al destinato fine. Nov. 97, c. 3.

(5) Perciocchè questi non ha un dritto d'ipoteca in sull'edifizio, se non quando l'abbia stipulato. *V.* sotto, § 355.

(6) Fr. 7, pr. D. XX, 4. — fr. 3, pr. D. XXVII, 9. — Const. 5, C. VII, 8. — Sono molti autori i quali accordan pure questo dritto a' minori, per cagion del fr. 2, D. XXVI, 9, e della const. 3, C. V, 51. — Gluck, *Comm.* 19 parte, p. 47, 288. Ma vedi De Buchholtz, *Comm. qui potiores in pign.* p. 36.

(7) Const. 17, C. VIII, 14.

(8) Const. 1, 3, C. IV, 43. — Nov. 108, c. 2. — Becker, *De act. hypoth. legatariis etc. competente, non ipso jure divisa.* Gryph. 1768, e Gluck, *Comm.* 19 parte, p. 179. Questi due autori pretendono che questo dritto di pegno e d'ipoteca non pesa *pro rata* sulla parte di ciascun coerede, ma che in tal caso, come in tutti gli altri, è indivisibile.

(9) Fr. 35, § 1, D. XIII, 7. — Il fr. 21, § 2, D. XX, 1, ne dà una conseguenza.

1. Può servirsi della cosa impegnata o ipotecata, e raccorne i frutti, salvo ch'egli per convenzione al tutto speciale non abbia trasferito al creditore il dritto di prendersi i frutti in luogo d' interessi. Cosiffatta convenzione chiamasi *anticresi (antichresis)* (1), e può esser fermata così espressamente come tacitamente. Tacita è quando dassi al creditore in pegno o ipoteca il possesso di una cosa fruttifera; nel qual caso il creditore ha dritto di ritenerne i frutti insino alla compensazione degli interessi legali, quando bene non fossero stati convenuti davanti (2).

La quistione, se il creditor ricevente una cosa a nome di anticresi debba, ed in quali casi, render ragione de' frutti raccolti, ed imputar sul capitale il soprappiù degli interessi legali, dee risolversi con la seguente distinzione:

a. Se il debitore ha dato una cosa fruttifera in pegno a chi gli abbia prestato un capitale senza interessi, il creditor può ritenere i frutti di quella infino al ragguaglio degli interessi legali: onde si vede che in tal caso dev'egli sempre render conto.

b. Ma se per un debito producente interessi siasi espressamente data un anticresi al creditore, si voglion distinguere tre casi. O si son dati al creditore, in luogo d' interessi, i frutti *naturali* del fondo gravato, ed allora non dev'egli rendere conto alcuno (3); salvo però se una particolar convenzione ne fosse intervenuta (4), o che il contratto dell' anticresi fosse solamente stato per coperta di usura (5). O gl'interessi sono stati stabiliti; ed allora il creditore deve sempre dar conto, ed il soprappiù imputar sul capitale, per essere indifferente che il debitor paghi gl'interessi in contanti, o ch'egli dia al creditore il mandato di ritrarli. O finalmente il debitore non dà interessi, ma il creditore ha l'uso della cosa gravata, per esempio abita nella casa; ed allora questi, usando per se medesimo, non è mai tenuto a render conto, ma se dà la cosa in fitto ad altri, è sempre obbligato di renderlo (6).

2. Il debitore ha pure il dritto di alienar la cosa, se il contrario non è stato convenuto (7); ma tale alienazione non può estinguere il dritto di pegno o d'ipoteca onde la cosa è gravata (8). Nulladimeno, il roman dritto considera come un furto l'alienazion di una cosa mobile data in pegno o spezialmente ipotecata, quand' ella sia fatta senza volontà o saputa del creditore (9).

3. Da ultimo, il debitore che nel punto di gravar la cosa non era di quella proprietario, ma trovavasi *in conditione usucapiendi*, continua e compie la usucapione durante tutto il tempo che la cosa è impegnata ovvero ipotecata (10).

(1) Fr. 11, § 1, D. XX, 1. — fr. 33, D. XIII, 7. — Hanker, *Diss. de vera indole et natura antichreseos*. Giess. 1783. — Wichelhansen, *Analecta quædam ex antichresi collecta*. Gœtt. 1792. — Gluck, *Comm.* XIV, § 870.

(2) Fr. 8, D. XX, 2: «Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratæ ad modum legitimum usuras retinere.» — Gluck, *Comm.* XIV, p. 50, è di altro avviso, a cagion del fr. 7, XIII, 7.

(3) Const. 17, C. IV, 32.

(4) Fr. 1, § 3, D. XX, 1.

(5) Const. 26, § 1, C. IV, 32.

(6) Const. 14, eod. — *V.* Hort, *Diss. de distinct. inter fructus certos et incertos in pacto antichr. jure rom. non fundata.* Helmst. 1755.

(7) Fr. 7, § 2, D. XX, 5.

(8) Fr. 18, § 2, D. XIII, 7. — Const. 12, C. VIII, 28. — Const. 14, C. VIII, 14. — Nov. 112, c. 1.

(9) Fr. 19, § 6; fr. 66, pr. D. XLVII, 2. — fr. 3, § 1, D. XLVII, 20.

(10) Fr. 16, D. XLI, 3.

§. 351. B. *De' dritti del creditore.*
1. *Principj generali.*

Dall' altro lato, i dritti del creditore sono:

1. Un dritto reale in sulla cosa impegnata o ipotecata. Il pegno convenzionale gli dà inoltre il possesso appropriato agli interdetti *(possessio ad interdicta)* (1); il pegno pretorio gli assicura la sola detenzione (2); la semplice ipoteca, nè l'un nè l'altra.

2. Egli ha il dritto di ritener fino al pagamento totale del debito la cosa data in pegno (3), e stantechè i dritti di pegno e d'ipoteca son ragioni reali inerenti alla cosa medesima, può esso proseguirle contro qualunque possessor della cosa *(jus persequendi pignus)* (4) (5).

3. Può a sua volta impegnar la cosa assoggettata al pagamento del suo credito, o piuttosto il dritto di pegno o d'ipoteca a lui concesso: onde nasce il *subpignus* (6).

4. Finalmente, se nel tempo pattuito il debitor non ha risposto al pagamento, il creditore ha il dritto di vender la cosa e farsi pagare d'in sul prezzo di questa *(jus distrahendi pignus)*. Tanto ch'egli non è soddisfatto (7), conserva siffatto diritto, il quale può sì esser ristretto per convenzione o testamento (8), ma non a patto alcuno essergli tolto del tutto: ond'è che la convenzione, la qual per avventura interdicesse la vendita del pegno *(ne omnino pignus distrahatur)*, è nulla (9). Di rincontro, la legge vieta la convenzione che la cosa impegnata, non rispondendo il debitore al pagamento, appartenga di pieno dritto al creditore, senza vendita nè apprezzo *(lex commissoria s. pactum commissorium)* (10).

§. 352. 2. *Della vendita del pegno in particolare* (11).

Esaminando la vendita che il creditor fa della cosa datagli in pegno ovvero ipoteca, due punti s'hanno a considerare; la *forma* della vendita, ed i suoi *effetti*.

1. Rispetto alla forma, il creditore ha dritto di vender la cosa senza l'autorizzazion del magistrato (12), solo che pubblicamente annunzi la vendita,

(1) Fr. 16, D. XLI, 2. — fr. 3, § 15, D. X, 4.

(2) Fr. 3, § 8, D. XLIII, 17. — fr. 3, § 23, D. XLI, 2.

(3) Il creditore usa così fatto dritto di ritenzione non solo per assicurare il pagamento del debito principale, al quale la cosa è sottoposta, ma eziandio gli interessi e le spese da lui fatte durante il suo possesso: fr. 8, pr. § 5, D. XIII, 7. — Anzi può egli il medesimo dritto usare per altri debiti a' quali non sia stata la cosa soggettata, ma questo solamente contro il debitore e'suoi eredi, non punto contro altri creditori sopra pegno posteriori. Const. un. C. VIII, 27.

(4) Fr. 16, § 3, D. XX, 1. — Const. 14, C. VIII, 14. — Quant'è agli effetti che i dritti di pegno e Ipoteca danno in su cose incorporali, *v.* sopra, § 339.

(5) Const. 24, VIII, 14 etc. *(Trad.)*

(6) Const. 1, C. VIII, 24. — fr. 13, § 2, D. XX, 1.

(7) Const. 6, C. VIII, 28.

(8) Fr. 4, 9, D. XIII, 7.

(9) Fr. 4, eod. — Il creditor non può essere astretto a vendere il pegno: fr. 6, pr. eod. — *V.* appresso, § 358.

(10) Const. 3, C. VIII, 35. — Innanzi alla citata const. 3 (di Costantino), il patto commessorio era permesso nel caso del pegno. — Cicerone, *Ad Div.* XII, 56. — fr. 81, pr. D. XVIII, 1. — fr. 16, § 9, D. XX, 1. — Paolo, II, 13. — Cf. Riccius, *De pacto commissorio circa pignora.* Jenæ, 1743. — Gluck, *Comm.* XIV, 869.

(11) Paolo, II, 5. — Dig. XX, 5. — Cod. VIII, 23, 28, 29, 30, 34.

(12) Const. 4, 9, C. VIII, 28. — Il *pignus ex causa judicati captum* fa solo eccezione a questa regola. Cod. VIII, 23.

e che ne dia cognizione al debitore. Senzachè, dev' egli osservare i tempi dalla legge posti, i quali il romano dritto determina come segue:

a) Quando nello stabilirsi il pegno o la ipoteca è stato espressamente pattuito che il creditore, non essendo pagato al tempo prefisso, possa vender la cosa (*si pactus est ut distrahatur pignus*), egli allora ha il dritto di venderla incontanente (1).

b) Quando nessuna clausola speciale non fosse intervenuta risguardo alla vendita della cosa, o pur quando fosse stato convenuto *ne distrahatur pignus*, il creditore era in antico dritto tenuto di far dopo la scadenza del debito tre avvertimenti innanzi che potesse vender la cosa (2). Giustiniano mutò l'antico dritto, e con sua costituzione ordinò che in mancanza di spezial convenzione, un solo avviso bastasse, due anni dopo del quale il creditore potesse vendere (3). Cosicchè, nel caso che sia convenuto *ne distrahatur pignus*, i tre avvisi precedenti e due anni dopo l'ultimo sono similmente richiesti (4).

c) Quando il pegno posto in vendita non trovi oblatore di prezzo tollerabile, il creditor medesimo può farsene aggiudicar dal principe la proprietà, per quello che sarà valutato in giustizia: ma in tal caso il debitore serba per ispazio di due anni il dritto di riscatto (5).

2. La vendita della cosa data in pegno o ipoteca, fatta nella forma e nel tempo ordinati dalla legge (6), produce i seguenti effetti:

a) Il creditore può domandare il suo totale pagamento d' in sul prezzo della vendita: il restante appartiene al debitore (7), o pure al creditor seguente in sullo stesso pegno o ipoteca (8). D'altro canto, il debitore rima-

(1) § 1, J. II, 8.—Const. 3, § 1, C. VIII, 34.
(2) Paolo, V, 1.—fr. 4, 5. D. XIII, 7.
(3) Const. 3, § 1, C. VIII, 34.
(4) Ma *similmente* a che? Non al dritto vecchio, perchè non richiedeva i due anni: non al novello, perchè non richiedeva tre avvisi. Rispetto alla vendita del pegno, il dritto antico poneva tre casi: o s'era convenuto che il creditor potesse venderlo, o che non potesse, o nulla. Nel primo caso, al creditore era lecito vender di presente e senz'avviso (fr. 4, XIII, 7, in princ.): nel secondo (ivi, in fine) e nel terzo (Paolo, V, 1) si richiedevano innanzi tre avvisi, ad intervalli lasciati alla discrezione del giudice (Ragus. Schneid. Vinnio), e poi senz'altro si potea vendere. Dove si vede che il secondo e terzo caso eran pareggiati, ed a ragione, tanto valendo pattuir che il pegno non si vendesse mai, quanto nulla dire, perciocchè che pegno sarebbe quello del quale un creditor non si potesse pagare? Giustiniano nella costituzione citata non toccò il primo caso (*ut liceat pignus distrahi*); del terzo (*si nihil conventum*) ordinò bastasse un solo avviso, ma si dovesse poi soprastare due anni; del secondo (*si convenit ne distrahatur*) non fece motto. L'autore, in supplemento, dice che in tal caso si richieggano i tre avvisi del dritto vecchio, e'due anni del nuovo: ma donde, e perchè? O si vuole stare alla regola ordinaria, che le disposizioni non abrogate rimangano, e non si richiederebbe altro che le tre dinunzie degli antichi: o con più savia e sottile interpetrazione si vuole attendere alla sopra detta parità del caso *ne distrahatur* con quello *si nihil conventum*, e la disposizion relativa a questo per analogia distendere all'altro, ed allora una sola dinunzia, ma seguita da un biennio, sarà qui parimente richiesta. — Le presenti leggi civili tolgono sopra ciò ogni dubbio, ordinando che il creditore non possa mai disporre nè impadronirsi del pegno, sia che di cosa mobile (art. 1948), sia che d'immobile (art. 1958), se non per le prescritte vie giudiziali; e che ogni patto in contrario è nullo. (*Trad.*)
(5) Const. 3, § 2-6, C. VIII, 34. — fr. 15, § 3, D. XLII, 1.—Const. 2, C. VIII, 23.
(6) Quando tali condizioni non erano osservate, o quando il creditore non avea dritto alcuno di vendere, o quando egli operava a malizia (*dolose*) in detrimento del debitore, la vendita era senza effetto ed il creditore era tenuto a'danni ed interessi. Cod. VIII, 30.
(7) Fr. 8, § 5; fr. 24, § 2; fr. 35, pr.; fr. 42, D. XIII, 7. — fr. 39, pr. D. XX, 5. — Const. 3, § 4, C. VIII, 34.
(8) Fr. 12, § 5; fr. 20, D. XX, 4.—Const. 3, § 4, C. eod.

ne obligato al creditore per quel tanto, che il prezzo della vendita restasse al disotto di suo debito (1).

b) La proprietà del pegno venduto passa per tradizione al compratore, se il debitore egli stesso la aveva (2); e passa a lui libera da qualunque dritti di pegno o ipoteca, i quali si estinguono per l'alienazione dal creditor fatta della cosa ad essi sottoposta (3).

§. 353. II. *Del concorso di più creditori sopra pegno o ipoteca.* A. *Della precedenza* (4). 1. *Regola generale.*

Quando più creditori hanno un dritto di pegno o d'ipoteca sopra la stessa cosa o lo stesso patrimonio (5), e che il prezzo della vendita non basti per pagarli tutti interamente, egli è da vedere *qual d'infra loro sia da preferire agli altri.* Dove fa luogo applicar la regola, che il dritto di pegno o d'ipoteca più antico soprastà al posteriore (6).

Questa regola nondimeno porta le seguenti eccezioni:

1. Quando il creditore anch'esso impegna altrui la cosa datagli in pegno o ipoteca: nel qual caso il creditor del creditore dev' esser sempre preferito (7).

2. Quando il debito guarentito dalla ipoteca posteriore è destinato a preservar da rovina la cosa già ipotecata ad un altro: nel qual caso l' ipoteca posteriore entra innanzi alla più antica (8).

3. V'ha de' dritti di pegno e d' ipoteca a' quali le leggi danno un dritto di preferenza particolare *(privilegium, jus praelationis)*, e che pertanto soprastanno a tutti gli altri quantunque anteriori (§ 354, 355) (9).

§. 354. 2. *Delle ipoteche privilegiate.* a. *Delle ipoteche legali privilegiate.*

I privilegi dalla legge accordati a talune ipoteche concernono tanto delle ipoteche *legali*, quanto delle *convenzionali* (10).

Delle ipoteche legali, mentovate ne'§§ 348 e 349, le sole seguenti sono privilegiate:

1. Quella del fisco per le imposte non pagate (11) e pe' viveri da fornirsi

(1) Const. 3, § 4, eod. — *V.* Const. 3, 9, C. VIII, 28.

(2) Perchè il debitore non può con la vendita trasferire al compratore, se non il *dritto medesimo* ch' egli aveva. Sicchè, s' egli non altro aveá che il possesso di buona fede, non può trasfonder la proprietà. Arg. fr. 54, D. L., 17.

(3) Const. 13, C. VIII, 28. — Const. 1, C. VIII, 20. — Const. 6, 7, C. IV, 10.

(4) Dig. XX, 4.—Cod. VIII, 18.—Nov. 97, c. 3, 4.

(5) Bisogna guardarsi di confonder questo caso con quello che la medesima cosa sia impegnata a più persone; perciocchè allora ciascuna ha dritto a sola la sua porzione: fr. 16, § 8, D. XX, 1.

(6) Fr. 11, pr. § 1; fr. 12, § 2, D. XX, 4. — Const. 8, C. VIII, 18.

(7) Fr. 13, § 2, D. XX, 1. — Const. 1, C. VIII, 24.

(8) Fr. 5, 6, D. XX, 4.

(9) Però, non si possono invocar siffatti privilegi se non contro i dritti di pegno ed ipoteca posteriori, i quali *il medesimo* debitore o pur la legge abbia costituiti in sulla cosa; non punto contro quelli stabiliti da un proprietario antecedente. Nondimeno, questa quistione è vivamente disputata.

(10) Runde, *De historia, indole ac vi remediorum securitatis, quibus jure rom. prospectum est creditoribus per privilegia etc.* Goett. 1794.—Dabelow, *Del Concorso*, c. 8, 11.—Schweppe, *Del Concorso*, §§ 70, 71.

(11) Const. 1, C. IV, 46. — Const. 3, C. VII, 73.

all' esercito (1). I dritti di pegno ed ipoteca appartenenti al fisco sopra i beni di coloro che con esso contrattano, sono sì parimente privilegiati, ma siffatto privilegio non può essere opposto a'creditori ipotecarii anteriori del contrattante: esso non fa se non contro coloro i cui diritti son nati al tempo medesimo che quelli del fisco, massime rispetto a' beni dal debitore acquistati dopo ch'egli ha contrattato col fisco (2).

2. La ipoteca della donna in su' beni del marito, per sicurtà di sua dote (3). Questo privilegio, introdotto da Giustiniano, non passa a quel modo, che la ipoteca stessa, agli eredi della donna nè a' suoi discendenti, siccome comunemente si crede; nè altrimenti appartiene alle persone che possono dimandar la restituzione della dote: ma può sola invocarlo la donna ch' ella stessa proceda per riprender sua dote. Un solo caso fa eccezione a questa regola; ch' è quando de' figliuoli di un primo matrimonio si trovino, per la dote della madre loro, in concorso con la matrigna; nel qual caso la legge accorda ad essi contro di costei il *privilegium dotis* della propria lor madre (4). La donna promessa, quando il matrimonio non sia seguito, non può il detto privilegio invocare; e la ragione è perchè la ipoteca legale per sicurtà della dote non comincia se non con le nozze, prima delle quali adunque il privilegio è senza soggetto (5). Pur tuttavia, non si può ricusarlo alle mogli ebree (6).

3. La ipoteca del pupillo in sulla cosa dal tutore o da chiunque altro comprata de' denari pupillari (7) (8).

4. La ipoteca di colui che ha servito altrui di danari per la rifazion di una casa (*ad restitutionem aedium*), quando effettivamente sieno stati spesi per ciò (9).

§. 355. B. *Delle ipoteche convenzionali privilegiate.*

Tutte quelle fra le ipoteche convenzionali, le quali si fondano sopra di una *versio in rem* a pro della cosa ipotecata, sono privilegiate (10). In fatti, ogni volta che mediante un debito ipotecario si è fatta una *versio in rem oppignoratam*, il dritto d' ipoteca posto per guarentia di quello esercita un pri-

(1) Const. 3, C. XII, 63.— Cod. Theod. VII, 4. — Cod. Just. XII, 38.

(2) Fr. 28, D. XLIX, 14. — Consl. 2, C. VII, 73.— *Frag. vet. Jcti de jure fisci*, § 5. V' ha di quelli che professano una contraria sentenza, particolarmente rispetto al fr. 21, pr. D. XX, 4.

(3) Const. 12, § 1, C. VIII, 18, — Nov. 97, c. 2, 3. — Nov. 109, 1.

(4) § 29 in fine, J. IV, 6. — Const. 12, § 1, C. VIII, 18.— Nov. 91, c. 1.— Auth. *Si quid*, C. VIII, 18. — Il comune avviso, il qual pare sia prevaluto nella giurisprudenza tedesca, che il *privilegium dotis* passi *in tutti i casi* a' discendenti della moglie, è difeso da Kamptz, *Del privilegio della dote ec.* Berlino, 1811, e dipoi da Gluck, *Comm.* 27 parte, p. 170, e Buchholtzs, *Qui potiores sunt in pignore.* Regiom. 1829, p. 16.

(5) I fr. 17, § 1, D. XLII, 5, e 74 D. XXIII, 3, parlano solo dell' antico privilegio personale *non exigendi* contro i creditori non ipotecarii del marito: il qual è manifesto appartenere egualmente alla fidanzata.

(6) Arg. const. 8, C. I, 9. Nondimeno se ne quistiona assai.

(7) Fr. 3, pr. D. XXVII, 9.—fr. 7, pr. D. XX, 4. — Const. 6, C. VII, 8.

(8) Anche quando la cosa fosse de' danari di un minore comperata ad un altro minore. (*Trad.*)

(9) Fr. 1, D. XX, 2. — fr. 24, § 1. D. D. XLII, 5. — Nov. 97, c. 3. — *V.* pure sopra, § 349, n.° 3.

(10) Quando i danari tolti a prestanza erano dal debitore convertiti in cosa sua propria, come se di quelli si avesse fabbricata una casa, armata una nave, comperata una carica, avea luogo questa che i giureconsulti chiamavano *versio in rem;* la quale avea quegli effetti legali che nell' autore si leggono, e che per la loro giustizia si veggono conservati nella legislazione odierna. (*Trad.*)

vilegio sopra ogni altra così legale come convenzionale ipoteca ; non estendendosi però oltre alla *versio in rem* (1).

Tal è particolarmente il caso :

1. Della ipoteca di colui il quale o per l' acquisto di una cosa, o per la costruzione o conservazione o miglioramento di uno edifizio, o per lo allestimento di una nave, o per la compera di una carica (*militia*), ha somministrato danari o pure altro, verbigrazia de' materiali, o mercedi di operai, ed ha stipulato una ipoteca in sulla cosa: ma si richiede che tal convenzione sia stata fatta nel punto stesso che il prestito, e che del danaro o altro siasi effettivamente fatto quell' uso (2).

2. E così della ipoteca, la quale il venditor di uno stabile si è riserbata, insino al pagamento del prezzo (3).

§. 356. C. *Del grado delle ipoteche privilegiate tra loro.*

Quando havvi concorso di più ipoteche privilegiate, esse debbono esser graduate così :

1. Il fisco, per le pubbliche imposte e la vettovaglia militare; pe' quali crediti esso soprastà a tutte le altre ipoteche, anche anteriori di data (4).

2. Chi ha dato altrui di che comprare una *militia* : ma bisogna che con un atto sottoscritto da testimoni egli s' abbia riserbata la preferenza sopra gli altri creditori; altrimenti, è posposto alla moglie del debitore (5).

3. La donna maritata per la restituzion della sua dote; per lo quale effetto ell' ha privilegio sopra tutti gli altri creditori privilegiati. Quando vi è concorso tra le ragioni dotali di due mogli, quelle della prima, e così dei figliuoli di lei, sono preposte a quelle della seconda moglie (6).

4. Dopo del fisco e della moglie, vengono que' creditori privilegiati i quali posson provare che il loro credito è stato impiegato ad utilità della cosa ipotecata (7). Tra le ipoteche di questo medesimo grado, la più antica precede; salvo che la ipoteca posteriore non fosse stata posta per preservar da rovina la cosa già ipotecata ad un altro, perchè allora la ipoteca posteriore è preferita (8). Quant'è alla pruova dell'anteriorità delle ipoteche consegnate in atti, colui del quale il dritto è stabilito da un atto autentico, o pur da privata scrittura sottosegnata da tre testimoni irreprensibili, è anteposto a colui che provi la ipoteca sua con un semplice atto privato, quando bene questa fosse anteriore all' altra (9).

(1) Il che avviene parimente delle ipoteche *legali* della stessa sorta, indicate pur dianzi (§ 354, 3° e 4°).

(2) Fr. 5, 6, 21, § 1, D. XX, 4.—Const. 7, C. VIII, 18. — Const. 17, 27, C. VIII, 14. — Nov. 53, c. 5. — Nov. 97, c. 3, 4. — Rumpel (Pr. Koch), *Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non priv.* Giess 1772.— Pfizer, *Diss. de pign. privilegiato, quod mutuando ad rem comparandam acquiritur.* Stuttg. 1792.

(3) Arg. const. 7, C. VIII, 18.—Il venditore è qui risguardato come s' egli avesse dato il denaro per la compera dello stabile. Gluck, *Comm.* 19 parte, p. 311.

(4) Const. 1, C. IV, 46.—Const. 4, C. VIII, 15. — Const. 3, C. XII, 63. — V' ha di quelli che sostengono che il privilegio della donna vinca quello del fisco. *V.* Gluck, *Comm.* 19 parte, p. 269.—Buchholtz, p. 9, 41.

(5) Nov. 97, c. 4.

(6) Const. 12, § 1, C. VIII, 18.— Nov. 91, c. 1. — Nov. 97, c. 3.— Nov. 109, c. 1. — § 29, J. IV, 6.

(7) Nov. 97, c. 3, 4.

(8) Fr. 5, 6, D. XX, 4. — *V.* sopra, § 353, n° 2.

(9) Const. 11, C. VIII, 18. — Auth. *Si quis vult*, C. ibid.—Thibaut e Zimmern sostengono pure questa sentenza; ma Schweppe non ammette che le ipoteche stabilite con atto pubblico sieno state preferite a quelle dimostrate da privata scrittura.

5. Il fisco, per ragion de' suoi diritti resultanti da un contratto ordinario, tiene l'ultimo grado tra le ipoteche privilegiate (§ 354).

§. 357. 3. *Delle ipoteche non privilegiate.*

Dopo le ipoteche privilegiate vengono le non privilegiate, senza distinguer se queste sieno legali, convenzionali, o pur testamentarie.
Le seguenti regole determineranno il grado proprio di ciascuna :
1. Primieramente decide il tempo : l'ipoteca anteriore soprastà alla posteriore (1). Ma quando si tratti di provar con titolo e far valere contro agli altri creditori ipotecarii l'anteriorità della propria ipoteca, colui che può provare il suo credito, per sicurtà del quale egli ha una ipoteca legale o per convenzionale, sia che con pubblico instrumento *(ex instrumento publico)*, sia che con privato atto sottoscritto da tre testimoni irreprensibili *(ex instrumento quasi publice confecto)*, deve anteporsi a chi per pruova di sua ipoteca adduca una semplice privata scrittura (2). Ma tra più ipoteche egualmente autentiche, la più antica va innanzi (3).
2. Quando più ipoteche contano lo stesso tempo, dev' esser preferito colui il quale trovisi in possesso della cosa a quelle soggetta (4).
3. Se niuno de' creditori è in possesso, e che tutte le altre condizioni sieno pari, essi concorrono tutti egualmente per quanto a ciascuno è dovuto (5).

§. 358. B. *De' dritti del creditore primo di grado.*

Il creditore ipotecario, il quale per qualsivoglia ragione soprastà ad un altro creditore, ha dritto a domandare di esser del tutto pagato d' in sulla cosa ipotecata, quando anche nulla sopravvanzasse per l'altro. Egli dunque può, senza l'autorizzazione del creditor seguente, procedere alla vendita del pegno (6); dovechè questi per contrario non può, generalmente, vendere senza l'autorizzazione del creditor precedente, salvo che costui non fosse prima interamente soddisfatto (7).

§. 359. C. *De' dritti del creditor posteriore.* Jus offerendi.

Il creditore di un grado posteriore può schifar di entrare in concorso col precedente, mettendosi in suo luogo e vece ; il che può avvenire :

(1) Fr. 11, pr. D. XX, 4. — Const. 8, C. VIII, 18. — V. fr. 2,; fr. 12, § 2, 10; fr. 16, D. ibid.

(2) Const. 11, C. VIII, 18. — Auth. *Si quis vult*, C. ibid. Gli autori sono molto discordi intorno al sentimento ed alla estensione della const. 11 citata. V. Hofacker, *Diss. de praerogativa pignorum publicorum*. Tubing. 1780. — De Klopper, *Diss. de hyp. publica*. Lugd.-Bat. 1811. — Thibaut, Zimmern, Schweppe, Gesterding, Gluck hanno similmente trattata la quistione. I più non applicano la detta constituzione se non al grado delle ipoteche *convenzionali* infra loro. Loer si è studiato di provare ch' essa const. applicavasi a *tutte* le ipoteche, per conseguente alle legali altresì ed alle giudiciali; che la ipoteca legale era quella di cui la esistenza poteva esser provata per un atto pubblico o quasi pubblico, e che tutte le altre erano ipoteche private. Spangenberg e Gesterding ammettono siffatta sentenza; Schweppe, Seuffer, Franke, De Buchholtz la respingono.

(3) Nov. 91, c. 1.

(4) Fr. 10, D. XX, 1.

(5) Fr. 16, § 8, D. XX, 1.

(6) Const. 3, C. VIII, 20. — fr. 12, § 7, 10, XX, 4. Però, non può esservi astretto: fr. 6, pr. D. XIII, 7.

(7) Const. 8, C. VIII, 18. — fr. 15, § 5, D. XLII, 1.

1. Di consenso del creditor soprastante, il quale, pagato dal sottostante, ceda a lui le sue ragioni e la sua ipoteca (1).

2. Di consenso del debitore, quando il creditor posteriore lo serve di danari per pagare il creditor precedente, e si riserba di esser surrogato nelle costui ragioni, sì veramente che il pagamento sia stato effettivamente eseguito (2); o pur quando egli compra la cosa impegnata ad un creditore antecedente, a condizione che questi sarà pagato d' in sul prezzo della compera, nel qual caso egli sottentra in suo luogo e grado, senza che la surrogazione sia stata espressamente stipulata (3). Ed allo stesso modo che un creditore ipotecario può, consentente il debitore o il creditor precedente, esser surrogato nelle ragioni di quest' ultimo, così pure può un creditor chirografario, o anche un terzo (4).

3. Qualunque creditore ipotecario di un grado posteriore ha il dritto di pagar quello di un grado anteriore, anche senza il costui consentimento e senza quel del debitore, e di esser surrogato nelle sue ragioni per la somma pagata, o pur deposta in giustizia quando il creditore rifiutasse di accettarla (*jus offerendi et succedendi*) (5); ma siffatto dritto appartiene al solo creditore ipotecario, non punto al chirografario, nè al terzo (6). Ciò che questo dritto ha di particolare, è che la surrogazione nelle ragioni del creditor pagato e tolto di mezzo avviene di pieno dritto, senza cessione alcuna, e senza distinguere se il creditor posteriore paghi il creditore che gli soprastà *immediate*, o altro più sopra (7). Nel quale ultimo caso è chiaro ch' egli non è surrogato per più di quanto paga al creditor soprastante, e che perciò di niente muta il dritto de' creditori posti di mezzo (8). Ancora, questo *dritto di offerire* può esser esercitato dal creditor di grado anche più disotto, contro di colui che già lo abbia egli stesso esercitato (9); e nulla impedisce al creditor anteriore di farlo valer contro di quello che gli è dopo (10). D' altra parte, così fatto dritto cessa dacchè il creditore ha venduta la cosa ad un terzo nelle forme dalla legge richieste (11), o che la vendita è stata dipoi legalmente riconosciuta; e similmente quando il concorso a' beni del debitore è aperto.

(1) Fr. 6, D. XVIII, 4. — Const. 7, C. IV, 39.

(2) Fr. 3, D. XX, 3. — fr. 12, § 8, 9, D. XX, 4. — Const. 3, C. VIII, 19.

(3) Fr. 3, § 1, D. XX, 5. — fr. 17, D. XX, 4. — Const. 3, C. VIII, 19.

(4) *V.* i luoghi indicati nelle tre note precedenti.

(5) Const. 1, 5, 8, C. VIII, 18. — fr. 11, § 4; fr. 16, D. XX, 4. — fr. 5, pr. D. XX, 5.—Const. 22, C. VIII, 14.— Const. 4, C. VIII, 19. — Const. un. C. VIII, 27. —Berghoff, *De successione hypothecaria.* Goett. 1744.—Schulze, *Diss. de jure ejus cujus oblata pecunia creditores tempore anteriores dimittuntur, ad L. 1, C. de his qui in prior. cred.* Cellis, 1786.—Haubold, *De jure offerendi.* Lips. 1793, e nei suoi *Opusc. Acad.* — Gluck, *Comm.* 19 parte, § 1097.

(6) Const. 10, C. VIII, 18. Il creditor chirografario o pure un terzo, verbigrazia il mallevadore, può similmente pagare il creditore ipotecario: ma per esser surrogati nelle sue ragioni, essi hanno sempre bisogno della cessione, alla quale nol possono astrignere. Const. 2, 14, C. VIII, 41.

(7) *V.* i luoghi indicati nella nota precedente, massime il fr. 16, D. XX, 4. — Gesterding, § 39.— Muhlenbruch, *Della cessione*, p. 468. — Gluck, *Comm.* XIX, p. 362. — Haubold, *loc. cit.* e Wenck nella pref. de' suoi *Opusc.* insegnano il contrario.

(8) Fr. 16, D. XX, 4.

(9) Fr. 5, § 1, D. XX, 5.

(10) Paolo, *Sent. rec.* II, 13, § 8. Nondimeno, questo punto è controverso.

(11) Fr. 3, pr. D. XX, 3. — Const. 1, C. VIII, 20.

§. 360. III. *Delle azioni nascenti da' dritti di pegno e d' ipoteca.* A. *Delle azioni petitorie.*

Le azioni derivanti da' dritti di pegno e d' ipoteca, sono *petitorie* ovvero *possessorie*.

L' azion petitoria, il cui scopo è di far valere il dritto di pegno o ipoteca medesimo, è l' azione ipotecaria (*actio hypothecaria*) (1), chiamata eziandio *pigneratitia in rem actio* (2), o pur *vindicatio pignoris* (3).

1. Quest' azione, la qual non era in principio accordata altrochè al locator di un fondo rusticale in sugli effetti appartenenti all'affittaiuolo (*invecta et illata*) e soggettati per contratto al pagamento del fitto, si chiamava azion serviana (*actio serviana*): la quale in processo di tempo fu per analogia data, siccome azione quasi serviana (*actio quasi serviana s. hypothecaria*), ad ogni creditor sopra pegno o ipotecario, e s' applica oggidì tanto al pegno quanto alla ipoteca (4).

2. Essa è diretta avverso qualunque possessor della cosa gravata, o ch' egli sia lo stesso debitore, o che un terzo; eccettochè avverso tal creditore, il cui dritto sia da preferirsi a quello dell' attore (5). Quando la s' intenta contro il debitor medesimo che abbia impegnata o ipotecata la cosa all' attore, o contro i suoi eredi, o pur contro un terzo possessore traente suo dritto dal debitore, l' attore si limita a provar la esistenza del debito e lo stabilimento del *pignus* (6); ma quando ell'è diretta contro un terzo possessore il qual non tragga suo dritto da colui che ha dato l'ipoteca all' attore, questo debbe inoltre provar che il costituitor del pegno o ipoteca a suo pro, era proprietario della cosa, o ch' almeno egli aveva il dritto di sottoporla a pegno ovvero ipoteca. Ondechè, non potendo o non volendo egli provare altro che la buona fede di colui dal qual tiene suo dritto, la legge similmente non altro gli accorda, per far valere la sua ipoteca, che l' azion pubbliciana (7).

3. L'azione ipotecaria ha per fine di provar la esistenza del pegno o della ipoteca, e di fare levar di mano al debitore la cosa gravata, perchè l'attore possa farsi pagare (8).

4. Se l'attore intenta l'azion ipotecaria avverso un terzo possessore, questi ha dritto di domandar ch' egli prima vada contro al debitore e al suo mallevadore; che oggidì chiamasi il *beneficium excussionis personale* (9). Può similmente liberarsi dall'azione, pagando l'attore (10).

5. Quando due cose sono ipotecate, una generalmente, l' altra spezialmente, il debitor può pretendere che l' attore vada prima contro alla seconda; ch'è quello che oggi dicesi *beneficium excussionis reale* (11).

(1) § 7, J. IV, 6.

(2) Fr. 41, D. XIII, 7. — fr. 3, § 3, D. X, 4.—fr. 7, § 12, D. X, 3.—fr. 11, § 10; fr. 19, D. XLIV, 2.

(3) Fr. 16, § 3, D. XX, 1.

(4) § 7, J. IV, 6.—Const. 1, C. VI, 43.

(5) Fr. 12, pr. § 7, D. XX, 4. —Const. 14, 18, C. VIII, 14.

(6) Fr. 21, § 1, D. XX, 1.—fr. 13, § 1, D. XVI, 1.—fr. 30, § 1 in fine, D. XLIV, 2. —Const. 10, C. IV, 24. —Const. 15, C. VIII, 14.—Const. 1, C. VIII, 33.

(7) Fr. 23, D. XXII, 3.—fr. 3, pr.; fr. 18, D. XX, 1.—Arg. fr. 9, § 4, D. VI, 2. —fr. 14, D. XX, 4.

(8) Fr. 16, § 3, 4; fr. 17, pr.; fr. 21, § 3, D. XX, 1.

(9) Nov. IX, c. 2; la qual muta l'antico diritto delle const. 14, C. IV, 10, e const. 14, 24, C. VIII, 14. *V*. Nov. 112, c. 1.

(10) Fr. 16, § 3, D. XX, 1.—fr. 12, § 1, D. XX, 6.—Const. 19, C. IV, 32.

(11) Const. 9, C. VIII, 28.—Const. 2, C. VIII, 14. Si disputa per sapere se colui che ha consentita l'ipoteca ed altri creditori ipotecarii possano soli oppore siffatta eccezione, o se qualunque possessor della cosa. La seconda sentenza è la più comune. — *Koch, De beneficio excus-*

6. L'azione dura contra il debitore e contro i suoi eredi quarant'anni. Contro il terzo detentore traente o il suo dritto di proprietà o il suo dritto d'ipoteca dal debitore, dura egualmente quarant'anni, tantochè il debitore vive; morto lui, essa dura trenta o quarant'anni, secondochè per compiere suo tempo il creditore vuol contare gli anni del suo possesso in vita del debitore, o ch'egli non ne tien conto: ma se il terzo non trae suo dritto dal debitore, l'azion contro lui si estingue con trent'anni, se già non s'è più presto estinta per effetto della sua usucapione (1).

§. 361. B. *Delle azioni possessorie.*

Tra i mezzi possessorii competenti al creditor sopra pegno o ipotecario, si noverano:

1. Gli interdetti ordinari *retinendae et recuperandae possessionis*, per proteggere il creditore nel possesso della cosa impegnata; i quali appartengono al solo creditor sopra pegno, perchè sol egli ha il possesso giuridico della cosa (2).

2. L'interdetto Salviano (*interdictum Salvianum*); ch'è interdetto appropriato ad acquistare il possesso (*adipiscendae possessionis*). Da principio, del pari che l'azion serviana, esso non era accordato altrui che all'affittator di un fondo rustico, ed avea per fine di esigere il possesso della cosa impegnata per convenzione dall'affittaiuolo, il qual non avesse pagato il suo fitto al tempo statuito (3): ma in processo di tempo fu per analogia dato egualmente ad ogni creditore ipotecario (*interdictum quasi Salvianum*) (4). L'antico dritto accordavalo contro qualunque posseditor della cosa, ma il nuovo nol dà contro altrui che il debitor costituitore del pegno (5).

3. L'interdetto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, dato a colui che avea domandato al pretore un impossessamento, e ch'era ingiustamente impedito di prender possesso. Questo interdetto era per domandar de'danni ed interessi (6).

TITOLO IV.

DELLA ESTINZIONE DE' DRITTI DI PEGNO E D'IPOTECA (7).

§. 362. I. *Delle cause generali di estinzione.*

I dritti di pegno e d'ipoteca si estingnono per generali cagioni:

1. Quando la cosa gravata perisce (8), o quand'ella riceva tal muta-

sionis tertio hypothecæ specialis possessori competenti. Giess. 1771.

(1) Const. 7, pr. § 1, 2; Const. 8, pr. C. VII, 39, combinate con la const. 1, 2, C. VII, 36. — Unterholzner, *Della prescriz.* t. 2, p. 249.

(2) Fr. 1, § 9, D. XLIII, 16. — fr. 16, D. XLI, 3.—fr. 3, § 15, D. X, 4.—*V.* sopra, § 351.

(3) Caio, IV, 147. — § 3, J. IV, 15, e Teofilo ivi.—fr. 1, pr. § 1. D. XLIII, 33.

(4) Const. 1, C. VIII, 9, comp. col § 7, J. IV, 6. Gli autori non si accordano intorno a ciò.

(5) Fr. 1, pr. § 1, D. XLIII, 33.—Const. 1, C. VIII, 9. — Hering, *De Salviano interdicto utili adversus quemcunque rerum oppign. possess. competente.* Francof. A. V. 1750. Wening—Ingenheim, Zimmern, Muhlenbruch, *Doctr. Pand.* § 427, siccome parecchi altri, dissentono.

(6) Dig. XLIII, 4.—*V.* sopra, § 192 n. 5, e § 345.

(7) Dig. XX, 6.—Cod. VIII, 26 e 31.

(8) Fr. 8, pr. D. XX, 6.—Const. 25, C. VIII, 14. Il dritto di pegno o ipoteca rivive per lo ristabilimento della cosa: fr. 29, § 2; fr. 35, D. XX, 1.

mento che non è più la stessa cosa, nè può più ritornare all' esser suo primo (1).

2. Quando nella stessa persona si confondono la proprietà ed il dritto di pegno o ipoteca; cioè quando il debitor diventa erede del creditore, o pur costui proprietario della cosa impegnata ovvero ipotecata (2).

3. Quando il dritto di pegno o ipoteca è stato solamente conceduto per un determinato spazio di tempo, il quale è trascorso (3).

4. Quand'esso è stato costituito da tale, il cui dritto era fin da principio rivocabile: nel qual caso si estingue dacchè il dritto è rivocato (4).

5. Per la rinunzia del creditore (5): il che avvien parimente allorchè il creditore accetta in cambio del pegno una cauzione o qualsivoglia altra guarentia (6), ed allorch'egli deferisce al debitore il giuramento che la cosa non è punto impegnata, e questi giura (7). Il creditore rinunzia tacitamente al suo dritto, restituendo il pegno ovvero l'atto costitutivo del pegno, senza che il debito sia pagato (8); dando espressamente autorizzazione di vendere il pegno ad un altro (9); e quando, precedentemente avvertito, egli non ha fatto valer suo dritto nel termine prefisso (10).

6. Finalmente, il pegno o l'ipoteca s'estingue allorchè un terzo, il qual non tragga suo dritto dal debitore, prescrive la cosa impegnata ovvero ipotecata (11).

§. 363. *Delle cause proprie della natura del dritto.*

Il dritto di pegno o ipoteca si estingue di sua particolar natura:

1. Pel pagamento totale del debito da esso sicurato (12), o per la con-

(1) Fr. 18, § 3, D, XIII, 7. Ma qual altro sia mutamento nella cosa non toglie il pegno o la ipoteca: fr. 16, § 2, XX, 1.

(2) Fr. 29, D. XIII, 7. — fr. 9, pr. D. XX, 6. — fr. 30, § 1 in fine, D. XLIV, 2. Colui che compra una cosa impegnata a più persone, sotto condizione ch'ei sottentrerà a'dritti del primo creditore, il quale egli paga di suo danaro, può esercitar gli stessi dritti di quello contro i creditori posteriori; ma questi possono egualmente esercitare il *jus offerendi*. Const. 3, C. VIII, 19. — Const. 1, C. VIII, 20. — fr. 47, D. XX, 4.—fr. 6, D. XX, 5.

(3) Fr. 6, pr. D. XX, 6.

(4) Fr. 3, D. ibid.—fr. 31, D. XX, 1.— fr. 4, § 3, D. XVIII, 2.—Questa è la ragione per che il *subpignus* si estingue una col dritto del primo creditore: fr. 40, § 2, D. XIII, 7.—Const. 1, C. VIII, 24.

(5) Fr. 8, § 1, D. XX, 6.—Cod. VIII, 26.

(6) Fr. 5, § 2; fr. 6, § 2; fr. 14, D. XX, 6.—fr. 9, § 3, D. XIII, 7.—Arg. const. 8, C. VIII, 42.

(7) Fr. 5, § 3, D. XX, 6.

(8) Const. 7, C. VIII, 26.—fr. 1, § 1, D. XXXIV, 3.—fr. 3, D. II, 14.

(9) Fr. 4, § 1; fr. 7, pr.; fr. 12, pr. D. XX, 6. — fr. 158, D. L, 17. — Const. 2, 11, C. VIII, 26. — *V.* fr. 4, § 2; fr. 8, § 15, D. XX, 6. Se l'alienazione non succede, il pegno o l'ipoteca continua: fr. 8, § 6; fr. 10, pr. D. XX, 6.—Se il debitore ritorna dipoi proprietario della cosa alienata, il dritto di pegno o d' ipoteca rivive, ma solo quindi in poi: const. 1, C. VIII, 26.—Il creditor consentente ad una nuova ipoteca, non rinunzia suo dritto, ma solo il suo privilegio: fr. 9, § 1; fr. 18, pr. D. XX, 6.—fr. 12, § 4, D. XX, 4.

(10) Const. 6, C. VIII, 26.

(11) Fr. 12, D. XLIV, 3.—Const. 1, 2, C. VII, 36.—Const. 19, C. VIII, 45.—Const. 7, C. IV, 10.—Const. 8, pr. C. VII, 39. Il debitore proprio nè i suoi eredi non possono estinguere il pegno o la ipoteca mediante la usucapione: fr. 1, § 2, D. XX, 1.—fr. 44, § 5, D. XLI, 3.—Const. 7, C. VIII, 14.—L'azione ipotecaria dura quarant'anni avverso la usucapione: const. 7, § 1, C. VII, 39. — Doneau, *Comm.* V, 29.

(12) Fr. 9, § 3-5; fr. 13, pr. D. XIII, 7. —fr. 6, pr. D. XX, 6.—fr. 18, D. XLVI, 2.—Const. 3, C. VIII, 31. La obbligazione estinta in parte non porta seco la estinzione di parte del pegno o ipoteca; ma questo dritto, essendo indivisibile, continua pel restante: fr. 9, § 3, D. XIII, 7.—Const. 2, C. VIII, 29.—Similmente rimane, dopo il pagamento che un de'coeredi faccia della sua parte di debiti ereditari: const. 1, C. VIII, 31.—const. 2, C. VIII, 32.—const. 16 C. VIII, 28.—Il

fusione avvenuta nella stessa persona del credito e del debito (1).

2. Per la vendita del pegno legalmente fatta dal creditore (2). Particolarmente, quando il creditor di un grado anteriore vende la cosa impegnata o ipotecata, il dritto di tutti i creditori seguenti si estingue (3); e quando l'erede il quale ha accettato la successione col benefizio dell'inventario, aliena le cose appartenenti a' beni del suo autore, tutti i dritti di pegno o ipoteca consentiti in su quelli, si estinguono (4) (5).

simile è quando l'azione intentata per farsi pagare è stata respinta da tale eccezione, la qual non distrugga il debito, ma solo l'azione, intantochè quello sussiste siccome obbligazion naturale, e fa per conseguente continuare il pegno o la ipoteca: tal è il caso della eccezion cavata del senatoconsulto Macedoniano: tal quello della eccezione di prescritta azione. Const. 2, C. VIII, 31: «Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota.»

(1) Fr. 75, 95 § 2, 107, D. XLVI, 3, comparati col fr. 43, ibid.

(2) Cod. VIII, 30.

(3) Const. 1, C. VIII, 20.

(4) Const. 22, § 8, C. VI, 30.

(5) Già s'intende, che l'alienazione è fatta per pagare i debiti e legati lasciati dal defunto; nel qual caso il dritto reale de'creditori in sulle cose alienate cessa, epperò non possono raddomandarle a' compratori. E neppur possono andar contro all'erede; ma solamente i creditori posson richiedere i legatari soddisfatti d'in sul prezzo della vendita, e i creditori anteriori rivolgersi contro i posteriori che per avventura fossero stati pagati prima di loro. Const. cit. § 5, 6, 7. *(Trad.)*

LIBRO II.

DELLE OBBLIGAZIONI.

§. 364. *Nozione ed estensione del dritto di obbligazione.*

In generale, i dritti che fan parte del patrimonio nostro sono o de' *diritti reali*, astratti da una persona determinata e spezialmente obligata, o de' *dritti personali* esercitabili contro persone determinate ed obligate, le quali non dipendano da colui che cerca a suo pro la esecuzione di una certa prestazione. Abbiam ragionato de' primi nel libro innanzi; i secondi saranno l'obbietto del presente. Al diritto delle obligazioni appartengono non pur le obligazioni propriamente dette, ma parimente tutte le azioni tanto reali che personali: infatti, *ogni* azione supponendo la lesion di uno dei nostri diritti, si presenta maisempre sotto un rapporto obligatorio, cioè a dire sotto la spezie di un credito gravante colui che ci ha lesi. Ma perciocchè già ne' §§ 202-208 abbiamo sposti i principj generali intorno alle azioni, o che proposito nostro è di spiegar le particolari azioni ad un tempo con le materie a cui si riferiscono (il che vedesi già per noi fatto nel primo libro, rispetto alle azioni reali), non abbiamo in questo libro che spiegare altro che le obbligazioni medesime e le personali azioni da queste derivanti (1).

SEZIONE PRIMA.

Nozioni generali.

CAPITOLO PRIMO.

NOZIONE E DIVISION DELLE OBLIGAZIONI IN GENERALE.

§. 365. I. *Nozion della obligazione.*

La obligazione (*obligatio*) è un vincolo di dritto esistente tra due determinate persone, indipendenti l'una dall'altra, e mercè del quale una, cioè il creditore, è in dritto di esiger che l'altra, cioè il debitore, dia, faccia, ovvero presti alcuna cosa (*dare*, *facere*, *praestare*) (2). In siffatto sentimento, *obligazione* significa non solo il carico preso dal debitore, ma nello stesso tratto il dritto del creditore (3). Il fatto sopra cui si fon-

(1) Del dritto di obligazione romano, v. particolarmente Doneau, *Comm.* lib. XII-XVI.—Bucher, *Del dritto di obblig. ec.* Lips. 1830.

(2) Da *dare* a *præstare* era differenza da più a meno, perciocchè dare propriamente dicevasi il trasferire il dominio. « Dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat. » § 14, J. IV, 6. Ma pure spesso nel prestare comprendesi il dare, intendendosi allora per prestazione generalmonto la dazione di qualunque cosa promessa: e così in molti luoghi del dritto la obligazione semplicemente leggesi partita in due: *præstare*, *facere*. Molti dottori aggiungono altresì il *non facere*, come anche il nostro autore più sotto (§ 367); ma qui, come pur molti, lo sottintende. *(Trad.)*

(3) Pr. J. III, 13 (14): «Obligatio est

dano cotal diritto e cotal debito, chiamasi parimente *obligatio* (1); e lo stesso nome dassi altresì alla scrittura, al titolo che se n'è disteso (2).

§. 566. II. *Delle specie della obligazione.* A. *In quanto al suo subbietto.*

Relativamente a' soggetti della obligazione, ella concerne:

1. O un sol creditore e un solo debitore;
2. O più creditori e più debitori. Questa seconda si divide:

a) In *obligatio pro rata s. in partem*, quando ciascun de' creditori non ha dritto altrochè alla sua parte dell' oggetto, o quando ciascun de' debitori non è obligato ad altro che al pagamento della sua parte del debito.

b) Ed *obligatio in solidum* (*obl. correalis*) (3), quando ciascun de' creditori ha il dritto di esigere tuttoquanto il credito (*obl. correalis activa*) (4), o quando ciascun de' debitori è obligato al pagamento di tuttoquanto il debito (*obl. correalis passiva*) (5). Ma quando un de' creditori abbia ricevuto il tutto, gli altri non han più che pretendere; e quando uno d' infra i debitori ha tutto pagato, gli altri sono interamente liberati (6). La obligazione in solido non si presume: essa fondasi ognora su di un particolar motivo risultante o dalla indivisibilità dell' obbietto (7), o da una particolar disposizione della legge (8), o da una convenzione (9), o da testamento (10), e ne' casi di una obligazione in solido passiva, similmente da un delitto (11). Nondimeno, da Adriano in poi, i mallevadori dello stesso debitor principale godono il beneficio della divisione (*beneficium divisionis*), pel quale un de' mallevadori richiesto del pagamento dello intero, può cercar che gli altri mallevadori

juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura.» L'obbligazione è un vincolo di dritto, pel qual siamo astretti di necessità al pagamento di qualche cosa, secondo le leggi della nostra città. —Fr. 3, pr. D. XLIV, 7: «Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.»

(1) Fr. 19, D. L, 16: «Contractus est ultro citroque obligatio.»

(2) Quindi: *obligationem repetere*, *concedere*. Const. 7, C. IV, 30. Rapporto alle cose, *obligatio* significa talora il dritto di pegno od'ipoteca (const. un. C. VIII, 21. —fr. 11, § 6, D. XIII, 7.—const. 4, C. VIII, 17.—const. 6, C. VIII, 26); tal altra l'impegnamento di una cosa (fr. 4, D. XX, 3); talvolta pure la scrittura provante il pegno (fr. 28, D. XLVIII, 10).

(3) Inst. III, 18 (17).—Dig. XLIV, 2.—Cod. VIII, 40.—Doneau, *Tract. de duobus reis. Oper.* t. IX.—Faber, *Conject. jur. civ.* XI.—Dresky, *Diss. de correali obl. ejusque effectibus*. Gœtt. 1777.—Rubo, *Saggio di una spiegaz. de' fr.* 2, 3, 4, 85, D. verb. obl. *sulla divisibilità e indivis. delle oblig. in dritto rom.* Berlino, 1822. —Backer, *De obl. dividuis et individuis.* L. B. 1822.—Serrurier, *Responsio ad quæst. de obl. dividuis et indiv.* negli *Annal. Acad. Gand.* 1822-23.—Ribbentrop, *Delle oblig. in solido*. Gœtt. 1831.—Blondeau, *Abbozzo di un trattato sulle oblig. in solido*. Parigi, 1819.—De Scheurl, *Comm. de dividuis et indiv. obl.* Erlang. 1805.

(4) Essi chiamansi in roman dritto: *duo s. plures rei stipulandi*: fr. 1, D. ibid. Oggi son detti *correi credendi*.

(5) Il dritto romano li denota con la espressione: *duo s. plures rei promittendi* ovvero *correi* promittendi: fr. 3, § 3, D. XXXIV, 3. Oggi, *correi debendi*.

(6) § 1, J. III, 17.—fr. 14, § 15, D. IV, 2.—V. Hubel, *Diss. reus stipulandi num paciscendo et novando correo noceat?* Lips. 1822.—Kraut, *Diss. de argentariis*. Gott. 1826, c. 5.—Il debitore in sodo (*correus debendi*) il quale ha pagato, ha dritto di esiger dal suo consorto la sua parte del debito.

(7) Fr. 5, § 15, D. XIII, 6.—fr. 17, D. VIII, 1.—fr. 192, L, 17.—fr. 2, § 2, XLV, 1.—fr. 1, § 44, XVI, 3.

(8) Fr. 1, § 25, XIV, 1.—§ 4, J. III, 21. —Const. 3, VIII, 41.—fr. 55, pr. XXVI, 7.—Const. 2, V, 52.

(9) Pr. J. III, 17.—fr. 9, pr. XLV, 2.—fr. 47, XIX, 2.

(10) Fr. 9, pr. XLV, 2.—fr. 8, § 1, XXX.

(11) Fr. 11, § 2, IX, 2.—fr. 14, § 15; fr. 15, IV, 2.—Const. 1, IV, 8.

sieno in prima attaccati per le loro singole porzioni (1). La Novella 99 estese pure così fatto beneficio a coloro i quali, nel contrarre un debito fossero entrati mallevadori l'un dell'altro: oggidì lo godono tutti i debitori in sodo per convenzione (2). Ma tal beneficio non ha luogo quando è difficile di perseguir gli altri debitori, o quando questi sono impotenti a pagare, o pur quando siasi ad esso espressamente rinunziato (3).

§. 367. B. *In quanto al suo obbietto.*

In ordine al suo obbietto, la obligazion consiste in dare, fare, prestare, o non fare. In tutti quali casi può essa aver di mira uno o più obbietti; ed avendone più, da capo si divide in *congiuntiva*, ch'è quando gli obbietti debbono esser prestati tutti, perchè il debitore sia liberato; ed *alternativa*, ch'è quando un solo obbietto basta, e questo, generalmente, ad elezion del debitore (4). Diciamo generalmente, perchè tal regola soggiace alle seguenti eccezioni:

1. Quando il debitore è posto in mora, la scelta appartiene al creditore (5).
2. Può il creditore aversi espressamente riserbata la scelta dacchè l'obligazione fu fatta. Ma scelta ed intentata ch'egli abbia la sua azione per ottenere uno d'infra gli obbietti, perde il dritto di richieder d'ogni altro, che che gli avvenga del primo (6).

§. 368. C. *In quanto a' suoi effetti.*

Rispetto a' suoi effetti, l'obligazion è o *naturale*, o *civile*.

1. *Obligatio naturalis* appo i Romani è quella ch'è valida di ragion delle genti, ma che non ha tutti i suoi effetti in ragion civile (7). Siffatta obligazione in dritto romano ha questo effetto, che s'ha da rispettare la esecuzione a lei data; intantochè il creditore, veramente, non ha azione per astrignere ad eseguirla, ma neppure il debitore ne ha per ridomandar quello che ha pagato. Essa dunque non produce altro che un dritto di ritenere o una eccezione, non mai un' azione (8). Sonovi nonpertanto alcune obligazioni naturali che il dritto civile dichiara nulle (oggi dette *obl. reprobatae*): ondechè il debitore non è neppur tenuto, quando nol voglia, di stare alla esecuzione che volontariamente egli abbia ad esse data; ed in taluni casi di così fatta spezie nè pure esiste, secondo il linguaggio del romano dritto, obligazion naturale (*ne quidem naturalis obl.*) (9).

(1) Caio, III, 121, 122.—§ 4, J. III, 21.—Const. 3, VIII, 41.—De Schæter, *Diss. de sponsoribus, fideprom. et fidejuss.* Jenæ, 1822, p. 36.

(2) Gluck, *Comm.* IV, § 339.—Asverus. *Spec. ad Nov.* 99. Jenæ, 1822. Qual è l'effetto del beneficio di divisione? e particolarmente, l'obligazione in solido cessa ella al tutto perciò, ed è mutata in una obligazione *pro rata?*

(3) § 4, J. III, 21.—fr. 28, XLVI, 1.—fr. 47, XIX, 2.—Nov. 99.

(4) Fr. 10, § 6, XXIII, 3: « Cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram præstet.» *V.* fr. 138, § 1, XLV, 1.—fr. 34, § 6, D. XVIII, 1.—fr. 75, § 3, XXX.

(5) Fr. 2, § 2, 3, XIII, 4.—fr. 57, pr. XLVI, 3.

(6) Fr. 19, XXXI.—fr. 112, pr. XLV, 1.—fr. 9, § 1, XIV, 4.—fr. 4, § 3, IX, 4.—fr. 8, pr. XXX.

(7) Fr. 84, § 1, L, 17.—Weber, *Sposizione sistematica della obl. naturale e de' suoi effetti legali*, 4 ed. Schwerin e Wismar, 1805.—Dummler, *Diss. inquirens: præcepta juris naturæ an vi sua auctoritatem legum effectumque civilem in judiciis nostris* habere possint? Kiliæ, 1808, § 13 seq.—Reinhardt, *Della obl. in dritto rom. in generale, e della naturale in particolare.* Stuttgard, 1827.—Lelievre, *Resp. ad quæst. quid est obl. natural. ex sententia Rom.* Lovanii, 1827.

(8) Fr. 19, pr. XII, 6.—fr. 10, XLIV, 7.—fr. 9, § 4, 5; fr. 10, XIV, 6.—fr. 7, § 4, II, 14. « — Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem».

(9) Per es: fr. 16, § 1, XVI, 1.—Const.

2. *Obligatio civilis* è, generalmente, quella che in dritto romano ha tutti i suoi propri effetti e produce maisempre un'azione. Tali obligazioni, secondo ch'esse discendevano dalla ragion civile o pur dalla pretoria, dividevansi in *obligationes civiles* (nel senso ristretto) ed *obl. praetoriae s. honorariae* (1).

Le prime si suddividevano:

a) In *obligationes legibus constitutae*, ciò erano quelle affatto stranie alla ragion delle genti e fondate unicamente in sul dritto civile (*obl. civiles*, nel più ristretto senso). Infra queste si noveravano particolarmente le *obligationes stricti juris* (§ 400): le quali ingeneravano ognora in ragion civile un'azione, anche quando non sarebbono state valide giusta il dritto delle genti; nondimeno, ne' casi in cui la equità richiedevalo (*si iniquum foret reum condemnari*), verbigrazia quando la promessa era stata estorta per frode o forza, il pretore accordava una eccezion perpetua, la qual toglieva all'azione ogni effetto (2).

b) Ed *obligationes jure civili comprobatae*, ciò erano quelle dalla ragion delle genti passate nella civile, la quale aveale riconosciute con aggiungervi un'azione. A questa categoria appartengono tutte quelle dell'antico dritto le quali si contraevano *consensu vel re*, e quelle del dritto nuovo nascenti *ex pactis legitimis* (§ 400).

CAPITOLO II.

DELLA CESSIONE DELLE OBLIGAZIONI (3).

§. 369. 1. *Nozion della cessione.*

Le obligazioni, considerate come vincoli di dritto infra *determinate* persone, non possono di natura loro, e quindi senza il consentimento del debitore, esser dal creditore tramandate ad un'altra persona, di guisa che questa sottentri nello stesso luogo di quello. Quindi il principio del romano dritto, che le obligazioni non si tramandano altrochè per successione a titolo universale, non mica per quella a titolo particolare, e che non possono esser cedute ad altrui (4). Pertanto, il creditor che voleva rivolgere ad un altro il profitto di una obligazione, nol poteva altramente che dandogli potestà di esercitar l'azione, e di tener per sè quel profitto che dall'azione verrebbe. Questo è quel che dicevesi *praestare s. mandare actiones*, e chi tal mandato ricevea si chiamava *procurator in rem suam* (5). Da principio non potea questi intentar l'azione se non a nome del verace creditore, ma in processo gli fu essa egualmente accordata in nome suo proprio come azione utile (6), e gli effetti di questa, siccome tale, erano altrettanto efficaci che quelli dell'azione diretta (7). Il *mandare actiones* del vecchio diritto, chiamasi nel nuovo *cedere actiones*, e la *cession* dell'azione (*cessio actionis*) non altro è in effetto che potestà data a taluno di far valere a suo pro, e come sua propria, una obligazione a noi perti-

9, IV, 29.—fr. 8, pr. II, 15.—Const. 3, III, 43.—Const. 3, VIII, 35.—fr. 4, pr. XII, 6.

(1) § 1, J. III, 14.—§ 3, 8-11, J. IV, 6. —fr. 1, § 8, XIII, 5.

(2) Caio, IV, 116, 117. — § 1 — 5, J. IV, 13.

(3) Doneau, *Comm.* XV, 43. — Gluck, *Comm.* XVI, § 1017-25.—Particolarmente, Muhlenbruch, *Della cessione delle obligaz.* Greifswald, 1835.

(4) Muhlenbruch, § 1-4.

(5) Fr. 3, § 5, D. XV, 3.—fr. 8, § 5, XVII, 1. — fr. 76, XLVI, 3.—fr. 2, XVI, 3.—fr. 31, XIX, 1.—fr. 7, XLIV, 7.—Const. 6, IV, 10.

(6) Fr. 16, pr. II, 14.—fr. 76, XLVI, 3. —Const. 7, 8, IV, 39. — Const. 1, 2, IV, 10.—Const. 5, IV, 15.—Const. 18, VI, 37. —Muhlenbruch, § 16.

(7) Fr. 17, § 1, D. III, 5.

nente (1). Per altro, può la cessione avere a fondamento la compera, la permuta, la donazione, e qual altro sia titolo.

§. 370. II. *De' soggetti della cessione.*

Colui che cede ad un altro una obligazione, chiamasi *cedens*; quegli a cui la cede, *cessionarius* ovvero *procurator in rem suam*; e quello contr'a cui si cede, *debitor cessus*. Generalmente, puossi una obligazione cedere a chiunque; ma si fanno le seguenti eccezioni:

1. Non può la cessione, sotto pena di decadimento dalla obligazione, farsi con malvagio proposito a tali, che per la potenza ed autorità loro potrebbono facilmente opprimere il debitore (*in potentiorem*) (2).

2. Non si può, sotto la stessa pena, cedere la obligazione a chi maneggi come tutore o curatore le sostanze di una persona, contro di questa, nè durante nè dopo la tutela o governo (3).

§. 371. III. *Degli obbietti della cessione.*

In generale, può l'uomo cedere tutti i crediti e le azioni che fanno parte del suo patrimonio, nulla importando che le azioni sieno reali o pur personali (4). Ma le azioni fondate in sul risentimento e la speranza della vendetta (*quae vindictam spirant*) (5), le azioni criminali portanti una pubblica pena (6), e tutte le azioni popolari (7), non possono essere obbietto di cessione. Così, per esempio, nol possono essere nè il richiamo di testamento o donazione contro il dovere (*querela inofficiosi test. et inoff. donationis*), nè l'azione per rivocazion di una donazione a causa d'ingratitudine. Un'azione per sè cedibile non può più esser ceduta dappoichè è stata introdotta in giudizio (8).

§. 372. IV. *Delle condizioni della cessione.*

La cessione di un credito o di un'azione è un'alienazione: il perchè solo quegli può cedere, il qual può liberamente disporre del suo. Qualunque cessione richiede, generalmente parlando, il consenso del ceditore. Colui che ha trasferito ad una persona ovvero per essa acquistato un dritto, è altresì legalmente obligato di cedere l'azione a questo relativa (9). Ma il consentimento del debitor ceduto non è necessario per far la cessione (10).

§. 373. V. *Degli effetti della cessione* (11).

La cessione non cambia nulla infra 'l cedente ed il debitore. Il ceditore

(1) Della differenza ch'è tra la cessione e la delegazione di un credito, *v.* appresso, dove si tratta della novazione.

(2) Const. 2, II, 14. Se non v'ha dolo, la cessione non è nulla: fr. 6, XLIX, 14. — Muhlenbruch, § 30.

(3) Nov. 72, c. 5.—Muhlenbruch, § 32.

(4) Muhlenbruch, § 22-28. Noi non ragioneremo qui de'dritti essenzialmente personali, che non son dritti di credito, come l'usufrutto, e che non possono esser ceduti. *V.* sopra, § 314.

(5) *V.* sopra, § 208.—fr. 28, XLVII, 10 —fr. 7, § 1; fr. 13, pr. ibid.—fr. 6, in fine, XLVII, 12.

(6) Fr. 13, § 1, XLVIII, 1.—L'azione per riparazion del danno e per applicazion di una pena privata derivante da delitto, può esser ceduta: fr. 14, pr. XLVII, 2.—fr. 31, pr. XIX, 1.—fr. 38, § 1, XLVI, 3.—fr. 12, L, 16.

(7) Fr. 5, XLVII, 23.

(8) Const. 2, 3, 4, C. VIII, 87.—Muhlenbruch, § 31.

(9) Fr. 31, pr. XIX, 1.—fr. 14, pr.; fr. 80, pr. XLVII, 2.—Const. 4, IV, 39.—fr. 49, § 2, XLI, 2.—fr. 2, § 5, X, 2.—fr. 41, § 1, XLVI, 1. — fr. 76, XLVI, 3. — Const. 2, 11, 14, VIII, 41.—Muhlenbruch, § 36-39.

(10) Const. 3, IV, 39.—Però, egli ha il dritto di opporsi a una division del credito ceduto, la qual gli porterebbe pregiudizio. Arg. fr. 27, § 8, XV, 1.

(11) Muhlenbruch, § 46-64.

non perde punto il suo dritto di credito, potendo anzi perseguire il debitore mentre che il cessionario non ha richiesto costui, ovvero denunziatogli la cessione (1): però, così facendo, dev' egli rilasciare al cessionario ciò che dall'azione ricava (2). Ma s'egli intentasse l'azione dopo che il cessionario è già andato contro o pure ha notificata la cessione al debitore, potrebbe da quest' ultimo esser respinto mediante la eccezione di dolo (3).

Gli effetti della cessione tra 'l cedente ed il cessionario, e tra questo secondo e 'l debitore, sono i seguenti:

1. Essa trasferisce tuttoquanto il dritto del cedente al cessionario, del pari che tutti i dritti a quello accessorii (4).

2. Il cessionario è soggetto a tutte quelle stesse eccezioni, onde il debitore avrebbe potuto aiutarsi avverso il cedente (5).

3. Sono casi, ne' quali taluni effetti non dipendono dalla natura del dritto, ma soltanto dalla qualità della persona comparente in giudizio; ed allora la domanda e la eccezione debbono regolarsi secondo il caso. Tal' è, tra le altre volte, quando si tratta del beneficio di competenza (6).

4. Il cedente guarentisce al cessionario la verace esistenza del credito ceduto, eccetto quando gliene facesse donazione: ma non guarentisce la idoneità del debitore, se non in quanto ei la pigli espressamente sopra di sè, o pur si trovi avere usato dolo (7).

§. 374. VI. *Legge Anastasiana.*

Per evitar che uomini avidi di guadagno ovvero desiderosi di far danno al debitore non si comprassero de' crediti, l' Imperatore Anastasio ordinò che chi comprasse una obligazione per meno di suo vero valore, non potesse esiger dal debitore più di quanto avea pagato, aggiunti gli interessi computabili secondo la legge. Cosiffatta disposizione fu rinnovellata dipoi da Giustiniano con maggiore precisione e chiarezza (8).

Dalle due costituzioni combinate risultano i seguenti principj:

1. La legge di Anastasio non mira ad altro che alle obligazioni comprate; ma essa si applica altresì alle obligazioni parte vendute e parte donate, perchè senza ciò facilmente si contraffarebbe allo scopo della legge.

2. Essa è applicabile solo alle obligazioni aventi ad obbietto de' danari o altre cose fungibili.

(1) Const. 3, IV, 35.—Const. 3, VIII, 42.—Const. 4, VIII, 17.

(2) Fr. 23, § 1, XVIII, 4.

(3) Fr. 16, pr. II, 14. — fr. 17, II, 15.—Const. 3, VIII, 42.

(4) Fr. 6, 23, XVIII, 4. —Const. 7, IV, 139.

(5) Fr. 17, II, 14.—Const. 5, IV, 39.

(6) Erano alcune persone, alle quali il romano dritto per rispetto di umanità provvedeva che non potessero esser richieste di tutto quel che dovevano *(in solidum)*, ma solo in quanto potevano fare *(in tantum, quod facere possunt)*, in quanto le facoltà loro portavano *(quatenus facultates eorum patiuntur)*. E *poter fare* nel legale linguaggio intendevasi quello che l'uomo poteva onestamente dare del suo, cioè dedotto quando gli fosse bastante al vitto quotidiano, agli alimenti; fr. 29. 30, D. XLII, 1, ec. Questo è quello che comunemente si chiama beneficio, privilegio, ed anco eccezione di competenza. Attribuivasi quando per ragion della causa, come al donator convenuto *ex causa donationis;* e quando per riguardo alla sola qualità della persona del reo, come a' più stretti congiunti, al patrono, al soldato, ecc. *(Il Trad).*

(7) Fr. 4, 5, XVIII, 4.—fr. 74, § 3, XXI, 2. — Per la donazione, *v.* fr. 18, § 3, D. XXXIX. 5.—Const. 2, VIII, 45.

(8) Const. 22, 23, IV, 35.—Bach, *Exercit. jur. civ. de lege anastasiana.* Lips. 1835, e ne' suoi *Opusc.* Halæ, 1767, n. 9. —Reinold, *Diss. ad legem anast.* Opusc. p. 279.—Schele, *Spec. de justis limitibus lege anast. nominis cessioni positis.* Helmst. 1794.—Anckelman, *Diss. de cessione nominis.* Gœtt. 1791, § 7. — Gluck, *Comm.* XVI, § 1024. — Muhlenbruch, § 90, 53.

3. Ma, eziandio riscontrandosi le due condizioni anzidette, per eccezione essa non si applica:

a) Nel caso di una cessione per pagamento (*in solutum*), quando le parti non hanno la intenzione di sfuggire alla legge: per esempio, io tolgo a prestito una somma, e dipoi cedo in pagamento (*in solutum*) al mio debitore un credito maggiore (1).

b) Quando coeredi e legatarj si cedono reciprocamente delle obligazioni per facilitare lo spartimento.

c) Quando la cessione è fatta per conservare e difendere il possesso di una cosa posta per guarentigia di una obligazione: per esempio, quando un creditor con pegno ovvero ipotecario di grado posteriore, paga quello o un di quelli soprastanti, a fin di sottentrare al suo posto (2).

d) Quando l'obligazion ceduta era indeterminata ed incerta al tempo della cessione (3).

e) Finalmente, quando si cede una universalità di crediti (*universitas nominum*).

4. Nel caso che il debitore invoca contro il cessionario la legge di Anastasio, questa ha per effetto di scaricarlo del rimanente della obligazione non pagato, e così diminuir questa di tutto quanto è il detto rimanente (4): onde consegue che il cessionario debba sempre provare il pagamento da lui fatto della obligazione cedutagli, quando ch'egli non può dal debitore pretendere altro che quanto ha pagato, e che l'azion sua poggia appunto in sul fatto pagamento (5).

CAPITOLO III.

DEL DANNO E DELLA SUA RIPARAZIONE (6).

§. 375. I. *Nozione del danno.*

Molto spesso una obligazione ha per iscopo, fin da principio, di far riparare il danno cagionato; ed ogni obligazione poi si risolve alla fine in una dimanda di danni e interessi, quando, colpa del debitore, l'obbietto primitivo della obligazione non è stato o non ha potuto esser prestato.

Danno (*damnum*) è generalmente qualunque perdita per taluno sofferta (*damnum factum s. datum*), o che almeno egli ha ragion di temere, nelle sue facoltà (*damnum metuendum s. infectum*) (7). Il danno è *positivo* (*damnum emergens* o semplicemente *damnum*, nel vero senso della parola),

(1) Arg. const. 23, IV, 35.

(2) Una Cost. posteriore di Giustiniano (24, IV, 35) toglie via tutte queste eccezioni; ma essa è una *lex restituta* non chiosata (§ 70).

(3) Vero è che la legge non parla di questa eccezione; ma un credito incerto ed indeterminato non vale certamente quanto si pretende, e chi lo paga meno, non però compralo *pro viliori pretio.*

(4) Giusta le proprie parole della citata const. 23, § 1: « Omne quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile ex utraque parte esse censemus; *et neque ei qui cessit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit aliquid lucri vel fieri, vel remanere, vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.* » Questa opinione però non è ammessa da taluni autori, i quali vogliono che la obligazione continui per quel tanto che non s'è pagato, siccome obligazion naturale, a pro del cessionario.

(5) Sonovi autori i quali reputano dovere il debitore apportarne la pruova: Eber, *Diss. de probatione cessionis legi anastasianæ repugnantis.* Jenæ, 1781, § 34.

(6) Doneau, *Comm.* XXVI, 13. — Wehrn, *Doctrina juris explicatrix princip. et caus. damni.* Lips. 1795. — Schœman, *Del danno.* Giessen, 1806.

(7) Fr. 2, XXXIX, 2.

quando esso ha effettivamente menomato il nostro patrimonio (1) : è poi *negativo (lucrum cessans s. lucrum interceptum)* , quando c' impedisce di fare un guadagno (2). Le due specie di danno riunite sono altresì nel romano dritto chiamate *id quod interest* (3) ; quantunque ordinariamente siffatta espressione non altro denoti che ciò ch'è dovuto siccome riparazione del danno *(quanti ea res est)* oltre al prezzo della cosa danneggiata o distrutta (4) , e spesso pure non altro che il danno positivo (5). L'obbligazione di riparare il danno per taluno sofferto , chiamasi *praestatio damni* (6).

§. 376. II. *Della cagion del danno.*

Il danno può esser cagionato :

A. Da un caso *(casus)*.

B. Da un fatto o da una omission volontaria dell'uomo.

1. Se il fatto o la omissione procede dallo stesso danneggiato , è il caso della regola : *quod quis ex culpa sua damnum sentit , non intelligitur sentire* (7).

2. Ma se il danno è opera di altrui che del paziente , si distingue :

a) Se la operazione era *lecita* , accade applicar la regola : *qui jure suo utitur , neminem laedit* (8).

b) Se la operazione o la omessione era *illecita , illegale* , essa produce la obligazion di riparare il danno in colui che l'ha fatto , sempre che a lui si possa imputare *(dolus , culpa , mora)*.

b. Da ultimo il danno può provenire a un punto da volontario fatto ovvero omessione dell'uomo, e da tal caso senza cui non sarebbe il danno avvenuto *(casus mixtus)* : il che sendo, ponesi piuttosto mente al fatto o alla omessione , che al caso (9).

§. 377. A. *Del caso* (casus).

Il caso è ogni avvenimento nocevole , il quale l'uomo non può prevedere o, almeno, le sue forze non bastano a distorre (10); ch'è la ragione perch'esso in romano dritto chiamasi pure *vis major* , *vis divina* , *vis naturalis*, *factum* (11). Il danno paventabile dal caso , chiamasi *rischio* e *pericolo (periculum)* (12). Il caso debbe generalmente esser riguardato da colui contro il quale avviene , siccome uno infortunio, nè alcuno è tenuto a darne riparazione (*praestare damnum*) (13) , se non chi per avventura se l'avesse addossato per convenzione (14), o pur non vi fosse un altro motivo di

(1) Fr. 3, ibid.

(2) Fr. 2, § 11 , XLIII, 8. — fr. 13, pr. XLVI, 8.—fr. 21, § 3, XIX, 1.—fr. 2, § ult. XIII, 4.—fr. 19, X, 4.

(3) Fr. 21, 22, 23, D. IX, 2.—fr. 3, pr. XLVI, 8.—Cod. VII, 47.—Malblac, *Observ. quædam de eo quod interest*. Tubing. —Gluck, *Comm.* IV, 332.

(4) Fr. 179, 193, L, 16.—fr. 1, pr. XIX, 1.—fr. 8, XII, 3.—Qualche volta denotasi eziandio con le parole « *quanti ea res est* » l'interesse: fr. 4, § 7, XXXIX, 2.—fr. 3, § ult. XLIII, 17.

(5) Fr. 71, § 1, XLVII, 2.

(6) Il *danno emergente* ed il *lucro cessante* oggi nel linguaggio legale son chiamati *i danni ed interessi.* *(Trad.)*

(7) Fr. 203, L, 17.

(8) Fr. 151, 155, § 1, ibid.

(9) Fr. 1, § 4, D. XLIV, 7.

(10) Fr. 1, § 4, ibid.—fr. 15, § 2; fr. 59, XIX, 2. — fr. 2, § 7, L, 8. — fr. 24, § 4, XXXIX, 2.—fr. 3, § 1, IV, 9.

(11) Per es: fr. 25, § 6; fr. 33; fr. 59, XIX, 2.—fr. 11, § 5, IV, 4.—fr. 24, § 4, XXXIX, 2.

(12) Fr. 9, § ult. fr. 11, pr. XII, 1.—fr. 5, § 14; fr. 10, § 1, XIII, 6.—Dig. XVIII, 6.

(13) Fr. 23 in fine; fr. 185, L, 17.—Const. 6, IV, 24.—Brandenburg, *Diss. sistens principia gen. de danno casuali ejusque præstatione*. Gœtt. 1793.

(14) Fr. 7, § 15, D. II, 14.—fr. 1, § 35, XVI, 3.—fr. 9, § 1; fr. 13, § 5, XIX, 2.

obligazione, com'a dir quando uno abbia causato il danno con sua colpa (1), ovvero quando per una particolar disposizione della legge altri sia tenuto di ripararlo, siccom'è nel caso delle azioni *nossali* e del danno fatto da un quadrupede (*noxa et pauperies*) (2) (3).

§. 378. B. *Del dolo e della colpa* (4).
1. *Nozione.*

Culpa appresso i romani, come colpa tra noi, comprende qualunque contravvenzione imputabile, senza distinguer se consista in un fatto (*facto*) o in una omessione (*omissione*), se proceda dalla volontà del contravventore o da sola sua disattenzione o negligenza. Considerata in cosiffatto senso generale, la colpa comprende parimente il dolo (5). Le idee dunque di dolo e di colpa hanno questo comune carattere, che tutt'e due sono dei fatti o delle omessioni illecite, portanti pregiudizio ad altrui; e così a riscontro, ogni azione ovvero omession cosiffatta è in questo senso una colpa. Nondimeno, in regola generale, il tralasciamento di un fatto non costituisce una contraffazione a' dritti di altrui, epperò non v' essendo imputabilità, nè colpa vi è: solamente ne' casi in cui qualche particolar ragione ci obliga a stornare un danno d'in su altrui, non possiam noi tralasciare i fatti che lo storrebbero; perciocchè con simigliante tralasciamento facendo noi contro i diritti dell'altro, di certo saremmo in colpa. Ma nel tecnico sentimento del vocabolo, il dritto romano fa distinzione tra *dolus*, *culpa lata*, *culpa*, ed *omissio diligentiae*; attesochè ogni illegale effetto procede o dal disegno e dalla intenzione avuta dall'operante, o dal fatto ovvero trasandamento imputabile, dal quale il danno provenga. Prese in questo senso ristretto, le idee di dolo e di colpa si determinano come segue:

1. Il dolo è qualunque macchinazion fraudolenta usata con proposito di far torto, per cupidità, malizia o qualsivoglia altra colpevole intenzione (*decipiendi causa*, *lucri animo*, *malitia*) (6).

(1) Fr. 1, § 4, XLIV, 7.—§ 2, J. III, 15—fr. 14, § 1, XVI, 3.—fr. 5, § 4, 7, XIII 6.—fr. 11, § 1, XIX, 2.—fr. 23, 82, § 1 XLV, 1.

(2) Nella rubrica del tit. 9, § 1 del Dig. e del tit. 9, lib. 4 delle Inst. si fa solamente menzione del danno fatto da' quadrupedi, perciocchè la legge delle dodici Tavole di questi nominatamente trattava, per esser le bestie feroci, che sole sogliono nuocere, ordinariamente quelle a quattro piè. Ma si dava una utile azione, ancorchè non un quadrupede, ma qualunque altro animale avesse fatto male. Ed è curioso poi veder le distinzioni dagli antichi fatte tra quello che le bestie facean secondo natura, di che non portavano pena alcuna, e quel danno che recavano contro alla natura loro, ch'era la così detta *pauperies*, in gastigo della quale erano consegnate al danneggiato; sempre conseguentemente a quella comunicazion del dritto di natura con le bestie. Di che si può leggere in tutti i comentatori de' citati titoli del Digesto e delle Instituzioni. (*Trad.*)

(3) Inst. IV, 8, 9.—Dig. IX, 1.

(4) Doneau, *Comm.* XVI, 7.—Lebrun, *Saggio intorno alla riparazion della colpa.* Parigi, 1764; nuovamente pubblicato con una dissertazione del Pothier, nel 1813. —*Themis*, VIII, p. 129.—Gries, *De generibus et gradibus culpæ.* Gœtting. 1805. Schœman, *Della colpa.* Giessen e Wetslar 1806.—Lœhr, *Teoria della colpa.*—Dresch, *De indole et gradibus culpæ.* Mannheim, 1808.—Gensler, *Exerc. juris civ. ad doctrinam de culpa.* Jenæ, 1813.—Hasse, *Della colpa in dritto rom.* Kiel, 1815; esposto da Danthuille nella *Rassegna della legisl. e giurispr.*—Elvers, *Doctrina jur. civ. rom. de culpa.* Gœtt. 1822.—Simons, *Diss. de culpa sec. jus rom. et hodiernum.* Leodii, 1826.—Hænel, *Della colpa.* Lipsia, 1823, § 11-60.—Molitor, *De culpa*; negli *Annal. Acad. Leod.* 1826—27.

(5) Fr. 5, § 1, D. IX, 2.—fr. 15, § 46, XLVII, 10.—Const. 11, § 1, C. V. 17.—Const. 11, C. VII, 32.—Cicerone, *In Verr.* lib. 2, oraz. 5, c. 17.—Ulpiano, VI, 10.

(6) Fr. 1, § 2, IV, 3. —fr. 2, § 5, XLIV 4.

2. La colpa grave *(culpa lata , latior , s. dolo proxima)* è una *omessione* studiata di que' fatti a' quali noi eravamo astretti per salvare altrui da qualche danno (1). Oltre a siffatta omessione, ch'è propriamente la colpa grave , tiensi pure per tale :

a) Quando con un fatto illecito si faccia altrui torto , a studio sì , ma senza malvagio fine , per solo dispetto , leggerezza , o petulanza (2) ;

b) Quando , senza proposito di far torto , non siasi però operato con la previsione di un uom discreto e ponderante *(dissoluta negligentia , nimia securitas)* (3) ;

c) Quando non siasi adoperata nel maneggio dell'altrui facoltà quella stessa cura che si suole ne' propri affari (4). Ne' quali ultimi due casi il mancatore è considerato sempre come s'egli avesse voluto il nocumento successo.

3. La semplice colpa *(culpa* , senza l'aggiunto di *lata)* è qualunque illecito danno cagionato altrui senza intenzione , per sola inconsiderazione , con qualche fatto positivo : dove non si tien ragione del grado d' inavvertenza , ma pur questa non debbe esser tanta ch'ella ricada nella colpa grave (5).

4. Da ultimo , la *diligentia* è l'obbligo di schifare il torto per tutti i modi possibili : il non prender guardia di quei fatti che potrebbero al torto dare adito , chiamasi *omissio diligentiae* , *negligentia* , *desidia* , semprechè non da proposito proceda , ma da semplice straccuranza (6). La *custodia* è una particolare specie della *diligentia* : per essa intendesi la cura da pigliarsi della conservazione dell'altrui cosa (7) , e vi si comprende l'obligo di vigilar ch'essa cosa non sia segretamente sottratta ovvero usucatta (8).

§. 379. 2. *Della riparazion della colpa.*

La rifazion del danno cagionato *(praestatio culpae)* da fatti ovvero omessioni colpevoli , procede con le regole seguenti :

A. Quando la cosa risguardo alla quale la colpa è stata commessa , non è l'obbietto di una obligazione tra il colpevole ed il padron della cosa , fa luogo esaminare :

1. Se il torto è l'effetto di una omessione , l'autore non è tenuto a riparar danno alcuno.

(1) Const. 2, V, 55. — Const. 2, V, 51; 75. 43.

(2) Fr. 7, pr. XVI, 3.—fr. 7, § 7, IV, 3. fr. 8, § 10, XVII, 1.

(3) Fr. 30, § 3, IX, 2.—fr. 29, pr. XVII, 1.—fr. 213, § 2; fr. 223, pr. L, 16.

(4) Fr. 32, D. XVI, 3. — fr. 22, § 3 XXXVI, 1.

(5) La parola *culpa* è usata in questo senso allora che da un canto essa è contrapposta al *dolus*, e dall'altro alla *diligentia;* Const. 11 , IV , 35. — fr. 8, § 3, XLIII, 26.—fr. 11, III, 5.—fr. 23, L, 17. —fr. 5, § 2, XIII, 6. — fr. 1, pr. XXVII, 3; nulla rilevando il grado della negligenza. Questo è perchè non havvi in dritto differenza alcuna tra *culpa, culpa omnis, culpa levis, culpa levissima*; la qual ultima espressione occorre una sola volta: fr. 44, pr. IX, 2. —fr. 18; XIII, 6. — fr. 25, § 7, XIX, 2. — fr. 13, § 1; fr. 14, XIII, 7. — § 4, J. III, 15. — Const. 19, VIII, 14.

(6) Per es: § 2, 4, J. III, 28. Non v'è differenza tra *exacta* ed *exactissima diligentia*, tra *diligens* e *diligentissimus paterfamilias*. D'altro lato, quando la legge dice: diligentiam præstare debet *quam in suis rebus*, mette una restrizione alla *diligentia* in generale. Per es: fr. 17, pr. XXIII, 3.—Const. 11, V, 14.—fr. 72, XVII, 2. Ciò è quel che i moderni dicono *culpa levis in concreto.*

(7) Quando altri abbia siffatta conservazione pigliata sopra di sè, come solevasi massimamente nel caso della vendita, non seguita da consegnazion del venduto. «Si custodiam usque ad traditionem venditor susceperit... Si non susceperit, securus est.» § 3, J. III, 24. *(Trad.)*

(8) § 18, J. IV, 1.—§ 3, J. III, 24, Teofilo ivi.

2. S'è l'effetto di un fatto, bisogna da capo distinguere:

a) Se il colpevole sapeva che la cosa appartenesse altrui, egli è allora tenuto a rifar di tutto il danno cagionato dal fatto suo proprio, senza tener conto del modo o del grado di sua colpa (1).

b) Se per contrario ignorava la cosa esser di altrui, e di buona fede credevala sua propria, egli non è tenuto a riparazione alcuna tanto che non n'è tratto in giudizio, neppur pel danno risultante da un fatto (2): ma dacchè l'azione è intentata, egli è tenuto per qualunque danno cagionato alla cosa così da fatto nocente come da omessione (3).

B. Quando la cosa è l'obbietto di una obligazione tra due persone, si distingue tra 'l dolo, la colpa grave, e la semplice colpa.

1. Il danno fatto per dolo debbe in tutti i casi esser riparato (4); e sebbene non sia permesso di patteggiar dinanzi che non si soddisfarà del dolo (*ne dolus praestetur*) (5), nondimeno chi ne ha portato danno è libero di compromettere del torto ricevuto, oppur rimettere la obligazione di pagare i danni ed interessi (6).

2. La colpa grave è qui pareggiata al dolo e deve sempre esser riparata, anche quando la legge non parla d'altro che del dolo (7).

3. Quant'è alla semplice colpa, alla *diligentia*, e alla *custodia*, o esse son regolate dalle convenzioni delle parti, ed allora è d'uopo attenervisi (8), purchè non contraffacciano alla legge (9); oppur nol sono, ed allora bisogna applicare le disposizioni legali (10), molto diverse, e da non doversene trattare se non sopra ciascuna delle relative materie. Basti qui l'additare ancora queste due regole generali; quando una convenzione è fatta nello interesse di tutt'e due le parti, dover esse mutuamente riparare ogni colpa (11); quando poi un solo obligato deve a pro dell'altro usar la *diligentia*, ed è in condizione di non poter procurare se non o gli affari suoi propri o quelli altrui, esser egli obligato di attendere primieramente agli altrui (12).

b. In tutti i casi ne' quali un'azione per rifazion di danno è fondata, non può l'attore oltre al torto effettivamente sofferto domandar de' danni ed interessi (*lucrum cessans* ed *id quod interest*), se non quando il disavanzo è stato l'effetto immediato del fatto illecito o della omessione del reo; e si richiede altresì che l'avanzo sia già stato certo e constante nella persona di chi ne soffre la perdita (13).

D. Finalmente, non si ha da perder di vista questo generale principio, che nessuno può arricchirsi della perdita di un altro (14).

(1) Fr. 44, pr. IV, 2. — I casi di necessità urgente possono nondimeno essere eccettuati. Per es: fr. 49, § 1, ibid. — fr. 3, § 7, XLVII, 9.

(2) Fr. 31, § 3, V, 3. «Rem enim *quasi suam* neglexit.»

(3) Fr. 20, § 11; fr. 25, § 7, Ibid. «Quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse.»

(4) Fr. 59, § 1, XVII, 1. — Const. 4, IV, 10. — fr. 18, § 3, XXXIX, 5.

(5) Fr. 27, § 3, 4, D. II, 14. — fr. 1, § 7, XVI, 3. — fr. 17, pr. XIII, 6. — fr. 23, L, 17. — fr. 11, § ult. XIX, 1.

(6) Fr. 27, § 3; fr. 7, § 14, D. II, 14. — fr. 5, § 7, XXVI, 7.

(7) Fr. 1, § 1, XI, 6. «Lata culpa plane dolo comparabitur.» — fr. 29, pr. XVII, — fr. 32, XVI, 3. — fr. 226, L, 16.

(8) Fr. 11, § 1, XIX, 1. — fr. 1, § 10, XVI, 3.

(9) Per es: fr. 6, XXIII, 4.

(10) Fr. 23, L, 17. — Jac. Gothofredus, *Ad L. 23, D. de reg. jur.*; ne' suoi *Comm. in tit. Pand. de div. reg. jur.* Genevæ, 1663, p. 97. — Prousteau, *Recit. ad L. 23, eod. V.* Meerman, *Thes.* t. 3, p. 483 — Grœninx van Zœlen, *De principiis generalibus etc. de doli et culpæ præstatione in bonæ fidei contractibus.* L. — B. 1824.

(11) Fr. 5, § 2; fr. 18, pr. XIII, 6. — § 4, J. III, 15.

(12) Fr. 5, § 4, XIII, 6.

(13) § 10, J. IV, 3. — fr. 1, pr.; fr. 21, § 3, XIX, 1. — fr. 29, § 3; fr. 23, § 2, IX, 2. — fr. 11, X, 19.

(14) Fr. 206, L, 17. — fr. 14, XII, 6. — fr. 6, § 2, XXIII, 3. — fr. 10, § 3, XVII, 1.

§. 380. 3. *Della pruova della colpa.*

Quando altri è obligato di riparare il danno cagionato da un fatto illecito o da una omessione, bisogna distinguere tra 'l caso ch'egli è incaricato della *diligentia* e della *custodia*, e quello in ch'egli non altro carico ha che del dolo, della colpa grave e della semplice colpa.

1. Nel primo caso, dee l'obligato provare di avere usate tutte le possibili cure, e che il danno è da caso inevitabile (1).

2. Nel secondo caso, chi cerca riparazione deve in prima provare il fatto illecito ovvero la omessione (2), e s'egli si fonda in su dolo o colpa grave ha dritto di farsi ammettere al giuramento estimatorio (*juramentum in litem*), ch'è quanto dire che può esso medesimo valutare in danari, con la confermazion del giuramento, il torto sofferto, e per tal modo farselo rimborsare una co' danni ed interessi (*id quod interest*): anzi può eziandio esigere il prezzo di affezione per esso attribuito alla cosa. Nonpertanto può il giudice por modo a siffatte pretensioni (3).

§. 381. C. *Della mora.*
1. *Nozione e specificazion della mora.*

La mora (*mora*) è un ritardo posto alla esecuzion di un fatto da chi v'è obligato (4).

1. Havvi mora dal canto del *debitore* (*mora solvendi*), il qual non adempie la sua obligazione nel termine prefisso:

a) Per lo illecito prendimento di possesso di una cosa (5), a cominciar dal momento del preso possesso, per insino alla restituzion della cosa (*mora ex re*).

b) Quando il dì del pagamento è venuto, ed egli non ha pagato (*mora ex persona*). La mora interviene di pieno diritto pel solo spirare di un termine, quando questo è posto dalla legge, da una convenzione, o da testamento; intantochè il creditore non ha bisogno d' indirizzare interpellazioni al debitore (*dies intepellat pro homine*) (6): ma quando il termine non sia prefisso, la mora comincia solo dal momento delle interpellazioni (7).

2. Havvi mora dal canto del *creditore* (*mora accipiendi*), quando egli rifiuta di accettar le offerte validamente fattegli dal debitore (8); quando ricusa di far conoscere al debitore quanto e come questi gli debba (9); fi-

(1) Fr. 9, § 4, XIX, 2.—Const. 5, IV, 24.—fr. 1, § 13, XXVII, 8.—fr. 11, XXII, 3.—fr. 11, XVIII, 6.

(2) Fr. 18, § 1, XXII, 3.

(3) Dig. XII, 3.—Cod. V, 53.—Il giuramento *Zenonianum* è una specie di giuramento *in litem*: const. 9, VIII, 4.—Doneau, *Comm.* XXVI, 6-12.—Gluck, *Comm.* XII, 813.—Meyer, *Diss. de juram. in litem*. Gœtt. 1805.

(4) Essa chiamasi eziandio *frustratio*, fr. 37, XVII, 1.—fr. 3, § 4, XII, 1. Dipoi, *cessatio* ovvero *dilatio*, fr. 17, pr.; fr. 21, ibid.—*V.* in generale, Doneau, *De usuris, fructibus, mora, etc.* Francof. 1589.—Henning Ratjen, *De mora secundum juris rom. principia*. Kiliæ, 1824.—Madai, *Della mora*. Halla, 1837.—Wolf, *Della mora*. Gœtt. 1841.

(5) Fr. 8, § 1, XIII, 1. «—Semper enim moram fur facere videtur.»—fr. 20, ibid.

(6) Fr. 5, XII, 1.—fr. 114, XLV, 1.—fr. 47, XIX, 1.—fr. 5, pr. L, 10.—Const. 12, VIII, 38.

(7) Fr. 32, pr. XXII, 1.

(8) Fr. 72, pr. XLVI, 3.—fr. 73, § 2; fr. 122, pr. XLV, 1.—fr. 39, L, 17.—Const. 6, IV, 32.

(9) Const. 4, V, 56 (a).

(a) La quale non di altro parla che di chi voglia dar conto di danari da lui amministrati, e non gli sia accordato; massime del tutore rispetto a' danari pupillari. Ma del rifiuto

nalmente, s'egli non si trova nel luogo e giorno ordinati ovvero convenuti per ricevere il pagamento (1).

3. Per mettere così il debitore come il creditore in mora, non è necessario che il ritardatore abbia colpa (2): basta che da lui, non punto dall'avversario suo, dipenda il non essere stata la cosa data oppur ricevuta al tempo statuito, perch'egli incorra la mora e le triste conseguenze di essa (3); salvo ch'egli non abbia qualche particolare motivo per farsi scusare (4).

§. 382. 2. *Degli effetti della mora.*

1. Il debitore fa con la sua mora continuar la esistenza del debito (5): dal momento ch'è posto in mora dev'egli indennizzare il creditore de' frutti della cosa, pagare gli utili, e generalmente soggiacere a' danni ed interessi (6): egli è tenuto, egualmente dal momento della mora, pel danno fortuito (7) in tutti i casi della mora *ex re* (8), e rispetto a quella *ex persona*, quando egli non può provare che la cosa sarebbe del pari perita tra le mani del creditore (9): da ultimo, egli è ancora tenuto di pagar la clausola penale stipulata pel caso di mora (10).

2. Il creditore, con la mora sua, libera il debitore dalle conseguenze dannose del ritardo (11): lo discarica della colpa, non potendo più dargli carico altrochè del dolo (12): piglia sopra di sè i rischi e pericoli della cosa già soprastanti al debitore, senza distinguere se l'obbietto del debito consisteva in una spezie, in un genere, ovvero in una quantità (13).

3. Finalmente, la mora di tutte e due parti ha per effetto, che s'essa avviene *al tempo medesimo*, opera una compensazione di mora (*compensatio morae*), val quanto dire che le cose rimangono come se nessuna del-

(1) Fr. 18, pr. XIII, 5.

(2) I più degli autori sentono altramente; ma *v.* fr. 3, § 4, XIX, 1.—fr. 137, § 4, XLV, 1.—fr. 18, pr. XIII, 5.

(3) Quindi: *cum per te steterit, cum per te mora fuit, cum per te factum fuit, quo minus etc.* fr. 21, § 3, XIX, 1.—fr. ult. XVIII, 6.—fr. 5, XII, 1.—fr. 135, § 2, XLV, 1. Le quali espressioni comprendono senza fallo altresì l'impedimento fortuito, sia che del debitore, o che del creditore.

(4) Per es: fr. 7; fr. 21-23, pr. XXII, 1.—fr. 73, 137, § 2-4 XLV, 1.—fr. XLIV, 4.—fr. 161, L, 17.—fr. 17, § 3, XXI.—fr. 18, § 1, XVIII, 6.—Const. 24, VIII, 45.—In generale, questo punto è lasciato alla estimazione del giudice. Fr. 32, pr. XXII, 1.—fr. 91, § 3, XLV, 1.

(5) Fr. 91, § 3, XLV, 1.—fr. 24, § 2, XXII, 1.—fr. 173, § 2, L, 17.

(6) Fr. 8, § 6, XLIII, 26.«—Ubi moram quis fecit, omnem causam debebit constituere.» fr. 17, § 1, VI, 1.—fr. 19, XVIII, 6.—fr. 3, pr.; fr. 17, § 3, 4; fr. 32, § 2; fr. 41, pr. XXII, 1.—fr. 1, pr.; fr. 3, § 3, fr. 21, § 3, XIX, 1.

(7) Fr. 82, § 1, XLV, 1.—fr. 39, § 1; fr. 108, § 11, D. XXX.—fr. 14, XXIII, 3.—fr. 5, XII, 1.—Const. ult. IV, 7.—Gmelin, *Diss. de casu post mortem præstando.* Tubing. 1804.

(8) Fr. 8, § 1; fr. 16; fr. 20, XIII, 1.—fr. 40, pr. V, 3.—fr. 50, pr. XLVII, 2.—Const. 9, VI, 2.—Const. 2, IV, 8.

(9) Fr. 14, § 1, XVI, 3.—fr. 40, pr. V, 3.—fr. 15, § 3, VI, 1.—fr. 12, § 4, X, 4.—fr. 47, § 6, D. XXX.—Gluck, *Comm.* 1. IV, p. 414.

(10) Fr. 23, pr. IV, 8.—fr. 47, XIX, 1.—fr. 23, XLV, 1.

(11) Fr. 7, XXII, 1.—fr. 39, 161, L, 17.—Ma se prima della mora del creditore il debitore doveva già per un'altra causa interessi, de' quali egli vuol fermare il corso, è tenuto di consegnare giudizialmente la somma: la sola offerta non basta a liberarlo. Fr. 7, XXII, 1.—Const. 6. 9, IV, 32.

(12) Fr. 5, 17, XVIII, 6.—fr. 9, XXIV, 3.

(13) Fr. 105, XLV, 1.—fr. 72, pr. XLVI, 3.

di far conoscere i *diversi termini* di un pagamento qualunque non v'è parola, nè esser vi potrebbe, chi consideri che questo a' debitori ordinari debbe esser noto non meno che al creditor loro, e che il domandargliene sarebbe troppo vana cavillazione. (*Trad.*)

le due parti fosse in mora (1); ma se il creditore ed il debitore non sono in mora *nello stesso tempo*, la mora anteriore è distrutta dalla posteriore, la qual non pregIndica se non chi vi si faccia costituire (*posterior mora nocet*), senza però fargli perdere le ragioni acquistategli dalla mora ch'egli ha fatta cessare (2). Le dimande relative alla mora debbono intentarsi ad un tempo con l'azion principale (3).

§. 383. 3. *Del come la mora cessi.*

La mora cessa (*mora purgatur*):

1. Dalla parte del debitore, con la dichiarazione sua di esser pronto a disobligarsi, tanto che la cosa esiste (4); o pure con una dilazione accordatagli dal creditore (5).

2. Da parte del creditore, cessa la mora con la dichiarazione di accettar le offerte, e col dimandare in conseguenza al debitore ch'esegua la sua obligazione (6).

3. La mora del debitore e del creditore finisce per la estinzione del debito, sia che per pagamento, o che per novazione, o per qualunque altro modo (7).

§. 384. III. *Degli interessi.*
A. *Nozione.*

Oltre alla prestazion della cosa principale, le obligazioni assai sovente contengono degli interessi (8). Il capitale (*sors, caput*) è la somma di danari oppur la quantità di cose fungibili, che costituisce l'oggetto principale di una obligazione: ciò che il debitore debbe oltre a tale somma, di cose della natura medesima, in mercè dell' uso da lui fatto del capitale o della privazione a suo pro soffertane dal padrone, si chiama *interesse* (*usurae, foenus*) (9). Gli interessi dunque suppongono ognora un capitale, insieme con cui cessano, e la esistenza del quale deve maisempre esser provata; per-

(1) Fr. 17, XVIII, 6.—fr. 51, pr. XIX, 1.—Arg. fr. 39, XXIV, 3.—fr. 3, § 3, II, 10.—fr. 36, IV, 3.

(2) Fr. 17, XVIII, 6.—fr. 37, XVII, 1.—fr. 7, XXII, 1.—fr. 51, § 1, XIX, 1.—fr. 26, XXIV, 3.—fr. 91, § 3; fr. 135, § 2, XLV, 1.

(3) Fr. 49, § 1, XIX, 1.—Const. 4, IV, 34.—Const. 13, 26, pr. IV, 32.

(4) Fr. 73, § 2; fr. 81, § 3, XLV, 1.

(5) Fr. 8, pr. XLVI, 2.

(6) Fr. 7 in fine, XXII, 1.

(7) Fr. 14, pr.; fr. 15; fr. 31, pr. XLVI, 2.

(8) Paolo, II, 14.—Dig. XXII, 1.—Cod. IV, 32.—V, 56.—VII, 54.—Nov. 32, 33, 34, 121, 138: delle quali l'ultime due non sono chiosate.—Doneau, *Tract. de usuris, fructibus et mora*; nelle sue *Oper. prior.* Franc. ad M. 1589, p. 1.—Noodt, *De fœnore et usuris libri tres*; nelle sue *Opera* t. 1.—Glnck, *Comm.* XXI, § 1129-98. Del modo di calcolar gl'interessi appo i romani, v. Niebuhr, *Rœm, Ges.* 1.ª ediz. t. 2, p. 431, § 261.—Hipp, *De foenore veterum Rom.* Hamb. 1828.—Salmatius, *De usuris.* L.—B. 1638, e *De modo usurarum*, ibid. 1639.—Gronovins, *De sestertiis s. de pecunia vetere, de usuris centesimis et de foenore unciario.* L. B. 1661, 71.—Heineccius, *Antiq. Rom.* III, 15, § 4.-30.-Walter, *Rechtsg.* p. 634 e seg.

(9) Fr. 17, § 3, XXII, 1.—fr. 13, § 20, XIX, 1.—Si danno interessi non solo per danaro, ma eziandio per altre cose fungibili; verbigrazia per oglio, per frumento tolto a prestanza. Ed in tal caso, è lecito sorpassar la misura legale; onde hassi il così detto *additamentum*. Const. 23, IV, 32 (a).

(a) Abbiam dovuto tradurre alla libera, per non dar dritto al lettore di dire anch'egli *Davus sum, non Oedipus*. Il romano dritto non permetteva si esigessero maggiori interessi di quelli dalla legge ordinati secondo i diversi casi, come si vedrà nel § 286; ma quando si desse a mutuo oglio, frumento o qualsivoglia altro frutto, era concesso di uscir dei detti limiti, *dia to adèlon ton carpon, propter incertitudinem fructuum*, o come esprimesi la const. citata dall'autore, *incerti pretii ratione*.

(*Trad.*)

ciocchè lo stesso pagamento d'interessi per più anni non ingenera presunzione alcuna a pro della esistenza di un debito principale (1).

§. 383. B. *Della causa degli interessi.*

L'obligazione di pagar degli interessi suppone ognora una causa particolare, la qual può nascere:

I. Direttamente dalle prescrizioni della legge (*usurae legales*).

A. Così fatta causa può fondarsi in una disposizion generale (*in jure communi*). In tal caso è chi usa a suo pro i danari altrui; il quale non solo è obligato di restituirli, ma eziandio di pagarne gl'interessi dal momento ch'ei gli ha usati (2). Similmente il comprator di una cosa, quando non gli sia stata fatta credenza del prezzo, è tenuto di pagar gl'interessi dal tempo della tradizione (3), quand'anche ritenendo cotal prezzo egli non fosse in mora, com'è per esempio quando ei ritienlo perchè minacciato della evizion della cosa, o per sequestro fatto tra le sue mani: nondimeno egli può scaricarsi degli interessi consegnando giudizialmente il prezzo (4).

B. Può la detta causa fondarsi pure in una particolar disposizione introdotta a favor del creditore (*in jure singulari*): tal è di chi debba del danaro ad un pupillo, stantech'egli è obligato a pagar gl'interessi di qualunque somma soprattenuta, quando bene non fosse in mora (5).

II. Da un fatto, il quale astringa al pagamento degli interessi. Cotal fatto può essere:

A. Una convenzione (*usurae conventionales*) (6).

B. Un fatto unilaterale, il quale a sua volta può essere:

1. Un fatto lecito, verbigrazia una promessa (7) ovvero un testamento (*usurae testamentariae*) (8).

2. O pure un fatto illecito. A' fatti illeciti appartengono in ispezialtà:

a) La mora del debitore (*usurae ex mora*), parimente che il caso che taluno privi illecitamente un altro dell'uso de' suoi danari (9),

b) Il caso in cui contro ragione s'impieghino gli altrui danari in uso proprio (10).

c) E 'l caso in cui, per negligenza, non si danno ad interesse gli altrui capitali da chi ne abbia il maneggio (11).

III. Finalmente, vuolsi ancora qui notare che un pagamento d'interessi continuato per più anni, produce la obligazione di similmente pagarli per lo avvenire (12); e che chi riceva per anticipazione gl'interessi spettanti ad un certo spazio tempo, non può durante quello stesso spazio domandare il capitale (13). Ma non è permesso di riscuotere cosiffatti interessi anzi tempo, se non per quanto non s'incorra con ciò nella usura vietata (14).

(1) Sono autori i quali pensano altrimenti, a cagion del fr. 6, XXII, 1.

(2) Fr. 19, § 4, D. III, 5.—fr. 12, § 9, XVII, 1.—fr. 6, XXII, 1. *V.* sopra ciò: Schmith, *Interpret. L. 6, D. de usuris.* L. B. 1807.

(3) Fr. 13, § 20, XIX, 1.—fr. 18, § 1, XXII, 1.—Const. 5, IV, 49.—Const. 2, IV, 32.—*Fragm. vat.* § 2.

(4) Fr. 7, XXII, 1.—Const. 6, 9, IV, 32.

(5) Fr. 87, § 1, D. XXXI.—Const. 3, II, 41.—Const. 5, IV, 49.

(6) Const. 4, IV, 32.

(7) Fr. 10, L, 12.

(8) Fr. 3, § 6, XXXIII, 1.

(9) Fr. 24, XVI, 3.—fr. 32, § 2, XXII, 1.—fr. 8, § 1; fr. 20, XIII, 7. « –Fur enim semper moram facere videtur. »

(10) Fr. 28, XVI, 3.—fr. 1, § 1, XXII, 1.—fr. 7, § 10, 12, XXVI, 7.—fr. 38, III, 5.—fr. 10, § 3, XVII, 1.

(11) Fr. 19, § 4, III, 5.—fr. 7, § 3; fr. 10; fr. 15; fr. 58, § 1, XXVI, 7.

(12) Fr. 6, XXII, 1.

(13) Fr. 57, II, 14.—fr. 2, § 6, XLIV, 4.

(14) Const. 26, § 1, IV, 32. — Rœder, *Diss. de usuris in futurum acceptis.* Giess. 1830.

§. 386. C. *Della tassa dell' interesse.*

La tassa degli interessi è d'ordinario stabilita dalle convenzioni delle parti: quando no, sottentra la legge.

1. Rispetto agli interessi convenzionali, le *personae illustres* ed i grandi potevano in dritto romano riscuotere quattro per cento, i mercatanti e manifattori l'otto, e qualunque altri il sei (1).

2. Gl' interessi legali e quelli resultanti dalla mora sono generalmente di sei per cento (2), in taluni casi di tre o quattro (3), e in altri fino di dodici (4).

3. Per altro, soggiacciono gl' interessi alle seguenti restrizioni:

a) Gli interessi ritardati non possono esser esatti, se non fino alla quantità medesima del capitale *(non ultra alterum tantum)* (5).

b) Non è permesso riscuotere interessi d' interessi *(anatocismus)*, sia che si aggiungano al capitale *(anatocismus conjectus)*, o che considerati essi medesimi come un capitale, si faccian fruttare *(anatocismus separatus)* (6). Ma l'anatocismo non è, se non quando lo stesso debitore paghi allo stesso creditore gl'interessi degli interessi dovutigli. Il perchè, non vi ha punto anatocismo allorquando un creditore presta ad un terzo, siccome capitale, gl' interessi ch'ei ritrae dal suo debitore, o pur quando uno paghi gl' interessi degli interessi dovuti da un altro (7).

4. Tutti gli atti intesi a far vani gli anzidetti divieti d' interessi, sono nulli e costituiscono il delitto di usura (8). Il soperchio promesso non debbe esser pagato, e caso che già il sia, bisogna vedere se il capitale trovasi in man del debitore o pur no; nel primo de' quali casi il capitale di pieno dritto si scema di tanto, quanto è il soperchio degli interessi pagati; nel secondo, il soperchio pagato può esser raddomandato mediante la *condictio indebiti* (9).

§. 387. D. *Dello sconto* (10).

Lo sconto *(interusurium, commodum medii temporis s. repraesentationis)* differisce dagli interessi. Per esso intendesi una bonificazione la quale il de-

(1) Const. 26, § 1, IV, 32.

(2) Const. 26, citata.

(3) Quattro per cento: const. 31, § 2, V, 12. – Const. un. § 7, V, 13. — Nov. 2, c. 4. — Nov. 22, c. 44, § 4, 7, 8. — Nov. 34, c. 1. — Tre per cento: const. 12, pr. III, 31.

(4) Const. 23, 26, § 1, IV, 32. — Const. 2, 3, VII, 54. — Const. 4, VIII, 10. — fr. 54, XXVI, 7. — fr. 38, III, 5.

(5) Const. 10, IV, 32. — *V.* const. 27, § 1, ibid. — fr. 26, § 1, XII, 6. — Leggi posteriori (const. 20, 30, ibid.) estesero cosiffatto principio anco agli interessi pagati successivamente.

(6) Const. 28, ibid. — Pufendorf, *Observ. jur. univ.* t. 1, obs. 14 (a).

(7) Così restano spiegati i fr. 7, § 12; fr. 9, § 4; fr. 58, § 1, XXVI, 7.

(8) Fr. 9, pr. XXII, 1. — Const. 13, 26, § 1, IV, 32. – fr. 44, XXII, 1. — fr. 13, § 26, XIX, 1.

(9) Const. 18, 26, § 1, IV, 32. — fr. 26, § 1, 2, D. XII, 6.

(10) L' *interusurium* de' latini strettamente suona *interesse pel tempo di mezzo*, cioè di quel tempo ch' era tra 'l dì della scadenza, e quello in cui il debitore anticipatamente pagava; in merito della quale anticipazione il creditor mandavagli buono il detto *interusurio*, al quale par che al tutto risponda il nostro *sconto*. Ma ci ricorda di aver letto questo stesso *interusurio* nelle celebri *Guerre civili* del Davila; il quale essendo stato uomo di spada, e non di toga, ci fa credere che tal vocabolo fosse nel cinquecento abbastanza divulgato in Italia. *(Trad.)*

(a) *Anatocismo* è vocabolo composto dal greco *ana*, particella qui significante ripetizione, e *tocos*, usura; cioè appunto usura di usura. — «Anatocismus est, quoties usura sorti conjuncta alias usuras parit.» (*Trad.*)

bitore può pretendere, quando egli paga prima della scadenza e col consenso del creditore, un debito non producente interessi (1). La questione di qual principio debba regolare il computo di siffatto bonificamento, quando le parti non lo hanno determinato per convenzione, è molto controversa (2): par nondimeno che parecchie ragioni facciano a pro del principio, che il debitore abbia a pagar tal somma che, aggiuntivi gl' interessi ordinari calcolati fino al dì della scadenza, equivarrebbe al capitale (3).

SEZIONE II.

Delle cause delle obligazioni.

§. 388. *Sguardo generale.*

Una obligazion producente un'azione può derivare:
1. Da convenzioni *(contractus, pacta)*.
2. Da operazioni illecite e da delitti *(delicta, maleficia)*.
3. Da diverse altre cause legali *(variae causarum figurae)*; al cui novero particolarmente appartengono le obligazioni nascenti quasicchè da un contratto e quasicchè da un delitto *(quasi ex contractu, quasi ex delicto)*, e generalmente altre molte (4).

CAPITOLO PRIMO.

DELLE OBLIGAZIONI NASCENTI DA CONVENZIONI (5).

§. 389. I. *Nozion della convenzione.*

La convenzione *(pactum, conventio)* generalmente si è il concorso di volontà di due o più persone sopra un rapporto di dritto da formarsi tra esse (6). Le convenzioni possono dunque far nascere e cessare così de' rapporti di famiglia come de' dritti su d'ogni sorta beni (7). Ma non possono esser soggetto della presente trattazione se non le convenzioni *producenti una obligazione*: le quali suppongono almeno due persone, indipendenti l'

(1) Fr. 1, § 10, XXV, 2.—fr. 24, § 2, XXIV, 3.—fr. 10, § 12; fr. 17, § 2, XLII, 8.

(2) Carpzov, *Dec.* P. 3.—Leibnitz, *Metid. jurid. math. de interusurio.* In actis erud. ann. 1683.—Zachariæ, *Dell'interusurio.* Greifswald, 1831.

(3) Hoffmann, Schrader, Seuffert, Zachariæ e Gœschen convengono in questa sentenza. Thibaut (*System*, § 289) tiene con Leibnitz, il quale pone per principio doversi calcolare gl'interessi degli interessi della somma da dare.

(4) Fr. 1, pr. XLIV, 7. «Obligationes aut *ex contractu* nascuntur, aut *ex maleficio*, aut proprio quodam jure *ex variis causarum figuris.*»—§ 2, J. III, 14. «Obligationes aut *ex contractu* sunt, aut *quasi ex contractu*, aut *ex maleficio*, aut *quasi ex maleficio.*» *V.* Caio, III, 88.—Westenberg, *De causis obligationum liber singularis seu diss. IX*, nelle sue Oper. I, 57.

(5) Paolo, I, 1,—Dig. II, 14.—Cod. II, 3.—Cuiacio; *Comm. ad tit. Dig. de pactis*; *Oper.* I, 933. Il medesimo, *Recit. in tit. Cod. de pactis*; *Oper.* IX, 24.—Doneau, *Comm.* nelle sue Opere t. 7 e 11.

(6) Fr. 1, § 1, 2, D. II, 14.

(7) Eccetto il dritto di successione, il qual per dritto romano non può avere a suo fondamento una convenzione.

una dall' altra, e delle quali una prometta di dare alcuna cosa, e l' altra l'accetti (1). L'accettazione per ordinario segue la promessa, ma può eziandio precederla in forma di domanda: a modo di esempio, *Rogavit Titius, spopondit Maevius* (2).

§. 390. II. *Delle promesse e de' voti.*

Non s'hanno a confonder con le convenzioni:

1. Le promesse preliminari in su l'obbietto e le condizioni della convenzione. Esse, generalmente, non sono obbligatorie se non quando la convenzione è stata conclusa (3).

2. La *pollicitazione*, la qual generalmente si è una promessa non accettata (4). Essa non è obbligatoria per chi la fa, salvochè quando sia fatta a pro dello Stato o di un Comune; ne' quali casi il promettitore si obbliga egli e 'l suo erede, se particolar motivo l'ha mosso, il qual si adempia in appresso; ma s'egli ha operato senza particolare motivo, non si obbliga se non con un cominciamento di esecuzione (5).

3. Il voto (*votum*) ossia la promessa di una certa prestazione, fatta per devozione e per un fine religioso. In dritto romano, il voto era obbligatorio, anco per l'erede, da ch'era stato pronunziato; nel dritto canonico obbliga già, come promessa a Dio, sittostochè fatto internamente (6): ma supponsi mai sempre che il voto s'abbia proposto un obbietto lecito, e che sia stato liberamente pronunziato da persona capace di obligarsi (7).

§. 391. III. *Delle condizioni delle convenzioni.* *A. Idee generali.*

Ogni convenzione con cui taluno si obliga verso un altro ad una certa prestazione, è un atto giuridico. Adunque, i principj generali per noi sposti ne' §§ 167-87, si applicano parimente alle convenzioni. Ma la convenzione richiede particolarmente il *concorso di volontà* ovvero *mutuo consentimento* delle parti contrattanti (8). Ondechè, chi non può consentire, nè di contrattare è capace; e chi per fare un atto giuridico ha bisogno dell'autorizzazion del tutore o dello assenso del curatore, non può senza ciò conchiudere una convenzione.

§. 392. *Delle cause vizianti il consenso.* 1. *Del dolo.*

Il consenso delle parti contraenti dev'esser libero e vero (§ 172). Tra le cause che lo viziano, abbiamo:

A. Il dolo (9).

(1) Fr. 1, § 2, 3, D. II, 14.—fr. 3, pr. L, 12.

(2) Fr. 7, § 12, D. II, 14.

(3) Del potersi precedentemente mettere in iscritto le condizioni di una convenzione, *v.* la const. 17, IV, 21.

(4) Fr. 3, pr. L, 12.—Barth, *De pollicitatione.* Halæ, 1778.—Wichers, *Diss. de rom. pollicitationum jure.* Grœning, 1805.

(5) Fr. 1, § 1, 2; fr. 3, pr.; fr. 6, pr.; fr. 9, fr. 11, D. L, 12. Del restante, non si ricerca per la validità della pollicitazione, che il promettitore sia presente.

(6) Fr. 2, L, 2.—c. 1, 3, C. XVII, qu. 1. —c. 3, 6, X, 3, 34.—c. 18, X, 3, 39.—Walter, *Kirchenrecht*, § 360.

(7) C. 1, 5, 10. 12, 13, 15, C. XII, qu. 4. —c. 1, X, 1, 40.—c. 14, C. XXXII, qu. 2.

(8) Fr. 1, § 2, 3, D. II, 14.—fr. 3, pr. L, 12.

(9) Neustetel, *Bonæ fidei negotia dolo inita non esse nulla.* Heidelb. 1818.

1. Quando le due parti hanno reciprocamente usato dolo, la compensazione se ne fa senza badare alla estensione del danno resultante dal dolo; e nè l'una nè l'altra può procedere nè per la esecuzion del contratto, nè pei danni ed interessi (1).

2. Se una solamente delle parti ha usato dolo in ver l'altra, è da vedere se il dolo sia *principale* ovvero *incidente* (*causam dans*, o *incidens*). Nel primo caso, la parte frandata può dimandar l'annullamento di tuttaquanta la convenzione (2); nel secondo, non altro che i danni ed interessi (3).

3. Finalmente, il dolo adoperato da un terzo dà alla parte fraudata, se altra azione non ha, l'azion di dolo (*actio doli*) avverso il frandolento (4), contro poi la parte con cui ha contrattato, una dimanda di danni e interessi, per quanto ell'abbia del dolo tratta sostanza (5).

§. 393. 2. *Della violenza.*

Un'altra delle cause viziatrici del consenso è:

B. La violenza (§ 175).

La quale, esercitata da quello a cui si è fatta promessa, ha gli effetti medesimi del dolo (6); ma procedendo da un terzo, si distingue: s'essa era nota a quello a cui si è promesso, fa nullo il contratto (7); se ignota, da capo è da vedere se la convenzione era già eseguita, o pur no: nel primo caso, essa resta generalmente valida, ed il promettente non ha se non da rivolgersi contro l'autor della violenza (8); nel secondo caso, richiesto egli per eseguir la convenzione, oppone la eccezione *quod metus causa* (9).

§. 394. *Dello errore.*

Tra le dette cause vizianti è:

C. L'errore (§ 173).

1. Quando l'errore si riferisce ad una condizione *essenziale*, egli vizia la convenzione (10). Tal è l'errore intorno alla *cosa* formante l'obbietto del convegno, o alle qualità essenziali di quella (11); l'errore intorno alla *specie* della convenzione (12); l'errore intorno alla *persona de' contraenti*, ma sol quando la considerazion della persona è cagione del convenire, oppur quan-

(1) Fr. 36, IV, 3.—fr. 3, § 3, D. II, 10.—fr. 154, pr. L, 17.—V. però il fr. 57, § 3, XVIII, 1.

(2) Fr. 7, pr. IV, 3.—fr. 3, § 3, XVII, 2.—fr. 11, § 5, XIX, 1.—Const. 5, 8, IV, 44.

(3) Fr. 13, § 4, XIX, 1.—*V.* fr. 32, ibid.—fr. 45, XVIII, 1.—Reuter, *Diss. de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu.* Halæ, 1744.—Noodt, *De forma emendandi doli mali*, cap. 7 seg., e diversi altri sono nondimeno di differente avviso; pretendendo che qualsiasi dolo annulli la convenzione.

(4) Fr. 1, § 8; fr. 2-8; fr. 9, § 1; fr. 19; fr. 40, D. IV, 3.

(5) Fr. 18, § 3, ibid.—Renlbach, *De dolo tertii.* Heidelb. 1812.

(6) Fr. 116, pr. L, 17.—fr. 21, § 1, 3, D. IV, 2.—Const. 1, IV, 44.—Const. 11, 12, C. II, 20 (a).

(7) Const. 5, II, 20.

(8) Fr. 14, § 4, IV, 2.

(9) Fr. 4, § 33, XLIV, 4.

(10) Fr. 57, XLIV, 7.—Kern, *De errore contrahentium.* Gœtt. 1806.—Kritz, *De erroris facti in ent. venditione effectibus.* Lips. 1813.—Richelmann, *Comm. de facti errore in conventionibus.* Gœtt. 1832.

(11) Fr. 137, § 1, XLV, 1.—*V.* fr. 9, pr. § 2; fr. 14; fr. 15, pr.; fr. 16, pr.; fr. 22, 23, 57 pr. XVIII, 1.

(12) Fr. 57, XLIV, 7.—fr. 18, pr. § 1, XII, 1.—fr. 36, XLI, 1.—*V.* sopra, § 288.

(a) Dicendosi, gli effetti della violenza fatta al promettente esser i medesimi del dolo, pare che anche qui s'abbia a far distinzione di violenza *principale* ed *incidente*, la prima annullante l'atto del tutto, l'altra dante sol dritto a' corrispondenti danni ed interessi. (*Trad.*)

do la convenzione è stata fatta per amor della persona, siccome nelle donazioni (1); l'errore intorno al *prezzo*, ma nel solo caso che chi dee pagarlo il creda minore che chi dee riceverlo (2) (3).

2. Quando l'errore concerne de' *punti accessorii*, per regola generale non altro si ha che un'azion per indennità, e la convenzione ritien suo valore (4). L'errore intorno a' motivi che han determinate le parti a contrattare, generalmente nulla può sulla convenzione; eccetto quando i motivi di una di esse parti sieno una condizione espressa della convenzione, o quando taluna abbia consentito credendosi legalmente obbligata a contrattare (5).

§. 395. 4. *Della simulazione.*

Ultimo infra i vizi del consenso viene:

D. La simulazione (§ 176).

1. Quando le due parti hanno finto di contrattare (6), non esiste convenzione alcuna (7).

2. Ma s'elle travestono una convenzione sotto sembianza di un'altra, debbesi l'atto esaminar secondo i principj della convenzione reale (8): la quale è valida, sempre che non contraria alle leggi (9).

§. 396. IV. *Delle modalità della convenzione.*

Una convenzione, siccome ogni altro atto giuridico, può esser conclusa pura e semplicemente, a termine, sotto condizione, con un modo; di tutte quali accessorie qualità gli effetti si determinano secondo i principj generali (§§ 179-81). Ma siffatte modalità riferisconsi talvolta a cosa impossibile; il che avvenendo:

1. La condizione affermativa impossibile fa la convenzione nulla, senza distinguere se la impossibilità sia fisica o pur morale (10).

2. La condizion negativa impossibile, se fisica, hassi per non scritta (11): se morale, essa fa la convenzione nulla, allorchè taluno si fa prometter qualcosa perch'*egli stesso* tralasci una turpe azione (12); ma è efficace, allorchè taluno si fa promettere alcun che, pel caso in cui la parte con lui contraente non si astenga da qualche mala azione (13).

3. Il modo (*modus*) fisicamente o moralmente impossibile è mai sempre reputato siccome non scritto (14).

(1) Arg. fr. 9, pr. XXVIII, 5.—fr. 72, § 6, XXXV, 1.—Const. 4, VI, 24.

(2) Fr. 9, pr. XVIII, 1.—fr. 52, XIX, 2.—Arg. fr. 1, § 4; fr. 83, § 1, XLV, 1.

(3) Perchè se l'errore, per contrario, fosse in ciò, che il pagatore credesse il prezzo maggiore che nol creda il riscotitore, la convenzione vale, ma si sta alla credenza del secondo. *(Trad.)*

(4) Per es: fr. 40, § 2, XVIII, 1.—fr. 34, pr.; fr. 57, pr. ibid.—fr. 42, XIX, 1.

(5) Fr. 58, XVIII, 1.—fr. 5, § 1, XIX, 1.

(6) Se un solo de' due promettenti simula, mentrechè l'altro opera di buona fede, o se un terzo simula a danno d'uno de' contraenti, si applicano alla simulazione le regole stesse che al dolo: fr. 7, § 9, II, 14.—fr. 49, pr. XIX, 1.

(7) Fr. 55, XVIII, 1. «Nuda et imaginaria venditio pro non facta est.»—fr. 3, § 2; fr. 54, XLIV, 7.—const. 21, II, 4.

(8) «Plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur.» Cod. IV, 22.—V. fr. 36, 38, XVIII, 1.

(9) Per es: fr. 5, § 5; fr. 7, § 6; fr. 32, § 24, 25, D. XXIV, 1.—Klien, *De negotiis simulatis modo efficacibus, modo inefficacibus*. Viteb. 1807.

(10) § 11, J. III, 20.—fr. 1, § 11; fr. 31, XLIV, 7.—fr. 26; fr. 35, § 1, XLV, 1.

(11) § 11 in fine, J. cit.—fr. 7, XLV, 1.

(12) Fr. 7, § 3; fr. 27, § 3, 4, II, 14.—fr. 123, XLV, 1.

(13) Fr. 50, II, 14. — fr. 121, § 1, XLV, 1.

(14) Fr. 16, XXXIII, 2.—fr. 37, XXXV, 1.—Const. 8. IV, 6.

§. 397. V. *Dell'effetto delle convenzioni.*

Per regola generale, le convenzioni obligano i contraenti e' loro eredi; i terzi non già, *inter alios acta*, *aliis non nocent* (1). Ma cotal regola ha delle eccezioni: avvegnachè spesso pure gli effetti di una convenzione si restringono alla persona de' contraenti, e non passano punto agli eredi loro, o che tale sia la natura stessa della convenzione, o che siffatta restrizione sia stata espressamente stipulata (2); e similmente, può un terzo per ispeziali ragioni essere obligato dalla convenzione di altri due, com' è segnatamente quando la convenzione è stata conclusa in suo nome e per lui (3), ovvero quando egli ed un de' contraenti fanno una sola persona (4), o pur quando l'obbietto della convenzione si è convertito in suo profitto (5) (6).

§. 398. VI. *Delle specie della convenzione.*
A. *Idee generali.*

Le convenzioni che producon crediti, sono generalmente:

A. O convenzioni *principali*, che stanno per sè medesime, o convenzioni *accessorie*, le quali si riferiscono ad una convenzion principale. Le seconde sono a lor volta di diverse specie:

1. Possono esse modificar la natura generale della convenzion principale (§§ 456-57).

2. Possono altresì proporsi di guarentire i dritti procedenti dalla convenzion principale (§§ 458-65). La validità delle convenzioni accessorie è mai sempre subordinata alla esistenza ed agli effetti della convenzion principale; con essa stanno, con essa cadono (7).

B. Le convenzioni si dividono ancora in quelle che obligano sol' una delle parti contraenti (tali son le donazioni), e quelle che ingenerano obligazioni *reciproche*, per esempio la vendita, l'allogazione. Le prime son dette *unilaterali*, le seconde *bilaterali* ovvero *sinallagmatiche*. Quanto a queste ultime, noteremo qui le regole seguenti:

1. Esse non altro producono che un'azione per lo esegnimento delle cose convenute, nè alcuna delle parti può dal canto suo sottrarvisi perciò solo che l'altra non avesse adempiuto l'obligo suo (8). Nondimeno, siffatta regola soggiace ad eccezione, quando è stato espressamente patteggiato, che non adempiendo una parte, e l'altra fosse sciolta (9); quando una parte o l'al-

(1) Cod. VII, 60.—fr. 74, L, 17.—Const. 25, II, 3.—Const. 13, VIII, 38.—fr. 59, 143, L, 17.—fr. 52, § 1, II, 14.—I dritti derivanti da convenzioni *condizionali* passano pure agli eredi: fr. 8, pr. XVIII, 6.—fr. 57, XLV, 1.—§ 4, J. III, 16.—§ 2, J. III, 20.

(2) Il primo di siffatti casi incontra soprattutto nelle convenzioni ove si tratta di capacità e di confidenza personali; il secondo può spesso risultar da' termini della convenzione. Per es: fr. 52, § 3, II, 14.

(3) Fr. 12, 14, 15, ibid.

(4) Inst. II, 9; III, 29.—§ 4 in fine, J. III, 20.—const. 1, 3, V, 39.

(5) § 4, J. IV, 7.—Dig. XV, 3.—Cost. 3, IV, 26.—Vedi più giù, i §§ 425, 430.

(6) Conclude a nome altrui un procuratore; fanno una persona sola il padre ed il figliuol di famiglia; torna la convenzione a profitto di un terzo, quando per esempio uno schiavo pigliava danari in presto, e di quelli rifacea la casa del padrone *(versio in rem domini)*.

(Il Trad.)

(7) Fr. 16, pr.; fr. 32; fr. 46, XLVI, 1.—fr. 2, XX, 3.—fr. 6, pr. XX, 6.—fr. 9, 13 pr. XIII, 17.—const. 1, 2, VIII, 33.

(8) Const. 5, IV, 10.—const. 3, IV, 44.—const. 17, II, 4.—const. 2, IV, 45.

(9) Fr. 51, § 1, XIX, 1.—Dig. XVIII, 3.—Cod. IV, 54.

tra s'è riserbata facultà di tirarsi indietro (1); oppur quando la esecuzione, dopo la mora del debitore, non sarebbe più di utilità veruna al creditore (2).

2. La prestazion dell'una parte è subordinata alla prestazione dell'altra. Il perchè, chi vuol richiedere altrui per ottener lo eseguimento di una convenzione siffatta, deve dal suo canto averla pienamente eseguita o essere acconcio di eseguirla; altrimenti il reo potrebbe opporre la eccezione *non impleti contractus* all'attore, il quale deve dal lato suo provare lo adempimento (3).

§. 399. B. *Del dritto romano in particolare.*
1. *De' contratti e de' patti.*

La più importante division de' contratti nel romano dritto era quella in *contratti* e *patti* (*contractus*, *pacta*). Contratti erano quelle convenzioni che già, nel dritto romano antico, producevano una *obligatio* ed una *actio* (*quae habent causam civilem*) (4). Tutte le altre convenzioni erano patti. Questi obligavan veramente in morale, ma la obligazion loro non era più che naturale (§ 368), e producevan solo un dritto di ritenimento ed una eccezione, non mai un'azione (5). Ma in processo a taluni patti si attribuirono delle azioni, con le quali fu ad essi data la stessa forza e gli effetti medesimi de' contratti (§ 401) (6).

§. 400. *Rassegna delle convenzioni che in dritto romano producevano un'azione.*

Perchè una convenzione potesse ingenerare una obligazione, il roman dritto generalmente richiedeva una forma esterna della convenzione. Cotal forma era di due sorte; *verbale* (*verbis contrahitur obligatio*) e *letterale* (*literis contr. oblig.*). Qualunque convenzion poteva, mediante l'osservanza di una di queste due forme, partorire un'azione. La *causa civilis* poggiava assai meno in sull'accordo reale della volontà de' contraenti, che non sulla forma della convenzione; e tali contratti, in cui la forma era essenziale, erano *stricti juris* (7). Ma questa regola non era senza eccezioni. In fatti, già fin dall'antico tempo vi erano delle convenzioni liberate da ogni sorta di forma. Tali erano:

1. Le obligazioni che si contraevano col solo consenso delle parti (*obligationes quae* solo consensu *contrahuntur*), e che per obligare e produrre azione non più dello stesso consenso richiedevano.

2. Le obligazioni che si contraevano con la cosa (*obl. quae re contrahuntur*), delle quali la causa era in ciò, che l'un de' contraenti avea di già data all'altro alcuna cosa, la qual costui gli doveva restituire, o per la quale egli doveva a sua volta darne alcun'altra (8). Cotali con-

(1) Fr. 35, pr. XVIII, 1.

(2) Const. 6, IV, 54.

(3) Fr. 13, § 8; fr. 25, XIX, 1.—const. 21, II, 3.—Wahl, *Diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti seu pacti et contractus non impleti*. Gœtt. 1751. —Wolkmann, *De except. non impleti contractus*. Lips. 1829.—Stemfeld, *De defensione rei ex fundamento contractus non adimpleti oriunda*. Marburgi, 1841.

(4) Fr. 7, pr. § 1-4, II, 14.

(5) Fr. 1, pr.; fr. 7, § 4, ibid.

(6) Langsdorf, *Tract. de pactis et contractibus Rom. et de vero hujus doctrinæ nexu atque sistemate ex idiomate Rom.* Mannh. 1772. —Jæger, *Diss. de orig. et progr. discriminis contractuum atque pactorum apud Rom.* Francof. 1827.—Erxleben, *De contractuum innominatorum indole ac natura*. Gœtt. 1835.

(7) Quant'è alla differenza tra *obligationes et actiones stricti juris* e *bonæ fidei*, v. il § 206.

(8) § 2, J. II, 14. —*V.* fr. 52, XLIV, 7. —Caio, III, 89.

tratti sforniti di forme erano, dal mutuo in fuori, *contractus bonae fidei*.
3. I patti a' quali, per eccezione, erasi accordata un'azione, e ch'erano:
a) i *pacta contractui bonae fidei adjecta* (§ 456, 57).
b) i *pacta legitima* (§ 458).
c) i *pacta praetoria* (§ 466).

TITOLO PRIMO.

DE' CONTRATTI.

§. 401. *Della* causa *delle obligazioni per contratto* (1).

I contratti sono in romano dritto, giusta i diversi fondamenti dell'azion civile, di quattro spezie: perciocchè si contraggono o col consentimento comune delle parti, o col dare una cosa, o con talune espressioni solenni che le parti debbono profferire, o finalmente con iscrittura: *Obligationes quae sunt ex contractu, aut consensu contrahuntur, aut re, aut verbis, aut literis* (2) ».

I. *Obligationes, quae consensu contrahuntur.*
§. 402. *Nozione e specificazione.*

Le convenzioni che per produrre una obligazione ed un'azione non altro richieggono che il consenso de' contraenti, nelle quali per conseguenza l'obligazion si contrae consentendo (*obligatio consensu contrahitur*), sono: il contratto di *vendita*, di *locazione*, di *enfiteusi*, di *società*, ed il *mandato* (3). I moderni li nominano *contratti consensuali*.

§. 403. 1. *Del contratto di vendita.*
A. *Nozione.*

La vendita (*emptio et venditio*) è un contratto col quale l'un de' contraenti si obliga di consegnare all'altro una cosa per un prezzo convenuto. Il primo chiamasi venditore (*venditor*); il secondo, compratore (*emtor*) (4).

§. 404. B. *Dell'obbietto della vendita.*

La *cosa* che si vende, e 'l *prezzo* che se ne paga, sono gli obbietti del contratto di vendita.

(1) Qui per *causa* (tra' tanti significati a questo vocabolo dati da'giureconsulti, e che si possono vedere nel Pothier, sopra il tit. *de verb. sign.*) non s'intende altro che la cagione nel suo proprio e più comune sentimento. Infatti, *consensus, res, verba, literæ*, sono le quattro cose a cui il romano dritto attribuisce il comune effetto di obligare quelli che vogliono contrattare insieme; *causæ propter quas obligatio constituitur*. Di che si può leggere il Vinnio, n° 3 del *Comm.* al § 2, J. III, 14.

(Il Trad.)

(2) Caio, III, 89. — § 2, J. III, 14.—fr. 52, XLIV, 7.

(3) Caio, III, 135—37.—Inst. III, 23.—Doneau, *Comm.* XII, 10.—D'Averan, *Contractuum libri duo*; in Meerman, *Thes.* t. 4, p. 1, 75.

(4) Caio, III, 139, 141.— Paolo, II, 17. —Inst. III, 24.—Dig. XVIII, 1, 6; XIX, 1.—Cod. Teod. III, 1.—Cod. Just. IV, 38, 40, 44-54. — *Fragm. Vat.* tit. ex emto et vendito. — Doneau, *Comm.* XIII, c. 1-5. —Gluck, *Comm.* XVI, § 972-89.—De Selliers, *Spec. de contrahenda emt. vend. sec. jus rom.* Brussell. 1826.

A. La cosa debb'essere nel commercio ed in disposizion del venditore (1). Sotto queste due condizioni, è lecito vendere:

1. Qualunque cose corporali ed incorporali; e quanto alle seconde, così de' dritti reali come de' crediti (2).

2. Delle cose particolari e delle universalità di cose, come a dire una successione (3).

3. Delle cose presenti, e delle future. Se il guadagno delle seconde dipende da ventura, come una tirata di rete alla pesca, o s'egli è incerto, come la raccolta avvenire, bisogna esaminare il modo nel contrattare tenuto; cioè se i contraenti hanno convenuto del prezzo secondo la quantità del futuro guadagno, o se pura e semplicemente. Nel primo caso, vi ha *emtio rei speratae;* nel secondo, in cui le parti debbono stare alla ventura (4), havvi *emptio spei.*

B. Il prezzo della vendita debbe consistere in una somma di danari relativamente o assolutamente determinata *(certum)* (5); perciocchè la convenzione non sarebbe obbligatoria se l' una delle parti rimanesse libera di determinare a suo talento ciò ch'essa dovrà sborsare o pur riscuotere: oltre a che, deve il prezzo esser vero *(verum)* (6), e ragguagliato all' intorno al valore effettivo della cosa *(justum)* (7).

§. 405. C. *Del quando sia perfetta.*

Il contratto di vendita è perfetto e le reciproche obligazioni per esso ingenerate sono prodotte, sittostochè il consenso di tutte e due le parti intorno alla cosa ed al prezzo esiste: al pari che tutti gli altri contratti consensuali, la vendita non ha bisogno per esser perfetta di scrittura alcuna (8). Questo principio soggiace ad eccezione:

1. Quando è stato espressamente convenuto che la vendita sarebbe confermata per iscritto; nel qual caso ella non è perfetta se non sottoscritta dalle parti (9).

2. Quando cose, delle quali è usanza di far prima il saggio, son vendute *ad gustum;* nel qual caso il contratto non è perfetto, se non quando il compratore le ha saggiate e trovate convenevoli (10).

§. 406. D. *Degli effetti della vendita.*

1. *Del pericolo e della proprietà della cosa venduta.*

1. Dapoichè il contratto di vendita è perfetto, tutti i rischi della cosa venduta *(periculum rei)*, del pari che tutti i vantaggi ch' essa produrrà

(1) Fr. 34, § 1, XVIII, 1. Nientedimeno, la vendita della *cosa altrui* produce un vincolo obligatorio tra'contraenti medesimi, obligando il venditore alla garentia: fr: 28, ibid.—*V.* appresso, § 407.

(2) Per es: delle *servitù*, fr. 80, § 1, ibid.; un *credito*, Dig. XVIII, 4.—Cod. IV, 39.—*V.* sopra, il § 369.

(3) Dig. XVIII, 4.—Cod. IV, 39.—Gluck, *Comm.* XVI, 1013-24.

(4) Fr. 8, § 1; fr. 39, § 1; fr. 78, § 3, XVIII, 1.—fr. 11, § 18 in fine; fr. 12, XIX, 1.—Gluck, *Comm.* IV, 194; XVI, 32.

(5) § 1, 2, J. III, 24.—fr. 1, pr. XIX, 4.—fr. 7, § 1, XVIII, 1.

(6) Fr. 36, XVIII, 1.—const. 8, IV, 38.—fr. 46, XIX, 2.—fr. 66, XXIII, 3.

(7) Fr. 38, XVIII, 1.—const. 2, 8, IV, 44.—Jopke, *Diss. de pretio in emtione.* Traj. ad R. 1828.

(8) Fr. 38, XLIV, 7.—Croesse, *Diss. de contrahenda emt. et vend. ex jure rom.* Lovan. 1824.

(9) Pr. J. III, 24.—fr. 1, § 2, XVIII, 1.—fr. 2, XLIV, 7.—const. 4, IV, 48.—*V.* const. 17, IV, 21.

(10) Fr. 34, § 5, XVIII, 1.—fr. 4, pr. § 1, XVIII, 6.—Gensler, *Pr. de emt. vend. quæ fit ad mensuram, ad numerationem, pondusve, vel ad gustum, capita nonnulla scrutans.* Jenæ, 1814.—Gluck, *Comm.* XVI, § 981; XVII, § 1036.

(commodum rei), passano al compratore (1); nulla importando, quando altro non sia convenuto, che i detti vantaggi provengano della cosa medesima o pur di fuori. Questa regola nondimeno è soggetta alle seguenti eccezioni:

a) Quando delle cose fungibili sono state vendute a misura, numero o peso, il pericolo non è del compratore so non dal momento che le cose sono a lui state misurate, numerate o pesate: ma se le cose fungibili son vendute in massa *(in aversionem)* (2), esse sono a rischio del compratore da quel punto che la vendita è stata contratta (3).

b) Quando la vendita è stata fatta sotto condizione, il pericolo non appartiene al compratore se non dallo evenimento della condizione. Se, *pendente conditione*, la cosa perisce per accidente fortuito, il danno che ne risulta incoglie al venditore; ma se la cosa è soltanto deteriorata, il compratore sopporta il danno allorchè la condizione appresso si adempie (4). Il medesimo è quando il prezzo della vendita sia rimesso allo arbitrio di una terza persona; perciocchè siffatta convenzione non altro è veramente, che una vendita condizionale, di cui l'effetto dipende unicamente dal prezzo che l'arbitro dee definire (5).

3. Quando più cose sono state vendute alternativamente, esse rimangono fino alla scelta a rischio del venditore; ma se periscono tutte prima della scelta, quella che ultima è distrutta per caso, perisce al compratore (6).

4. Il compratore non acquista la proprietà della cosa venduta se non per la tradizione e dopo averne pagato il prezzo; salvo che non sia stata venduta a credenza, nel qual caso il compratore ne diventa proprietario per solo effetto della tradizione (7).

§. 407. *Delle obbligazioni de' contraenti, in particolare.*
a. *Di quelle del venditore.*

Le obligazioni ingenerate dal contratto di vendita, risguardano tanto il venditore, quanto il compratore.

Il venditore è obligato:

1. A consegnare al compratore la cosa venduta, nel tempo e luogo prefisso, con tutte le accessioni e tutti i frutti raccolti di poi che il contratto fu concluso (8); ma ciò, quando altro non sia convenuto, sol dopo toccato il prezzo (9).

(1) § 3, J. III, 24.—Dig. XVIII, 6.—Cod. IV, 48.—De Hein, *De periculo et commodo rei venditæ et traditæ sec. jus rom.* L. B. 1824.—Gluck, *Comm.* XVII, § IV, 1033-38.

(2) Maniera di dire da meritamente notarsi tra quelle non poche del romano dritto, le quali dipingono e metton sott'occhi le cose; quasicchè chi vendeva a tal modo, vendesse *averso capite*, senza guardare la cosa. E sebbene cosiffatti modi, secondo la evidente dottrina del Vico, sieno documenti de' rozzi ed umili principj di esso dritto romano, non si può negare che suonano pur sempre grati e rallegrano alquanto la severità di questi studj.

(Il Trad.)

(3) Fr. 35, § 5-7; fr. 62, § 2, XVIII, 1.—fr. 4, § 1, 2; fr. 10, § 1, XVIII, 6.—const. 2, IV, 48.

(4) Fr. 8, pr. XVIII, 6.—fr. 7, pr. XVIII, 1.

(5) § 1, J. III, 24.—const. 15, IV, 38.—*V.* Caio, III, 140.

(6) Fr. 34, § 6, XVIII, 1.—fr. 95, pr. XLVI, 3.

(7) § 41, J. II, 1.—fr. 11, § 2, XIX, 1.—fr. 19, 53, XVIII, 1.—fr. 5, § 18, III. XIV, 4.

(8) § 3 in fine, J. III, 24.—fr. 7, pr. XVIII, 6.—fr. 11, § 13; fr. 13, § 10, 13, 18, XIX, 1.

(9) Fr. 13, § 8; fr. 50, ibid.—I fr. 21, § 3; fr. 1, pr.; fr. 12, ibid. diffiniscono gl'interessi da pagarsi dal venditore s'egli indugia la consegnazion della cosa.—Kussner, *Quid statuendum sit de questione etc. Utrum venditor qui tradere potest, teneatur omnimodo ad rem tradendam, an solvendo id quod interest, obligationi satisfaciat.* Regiom. Pruss. 1841.

2. Egli è tenuto di qualunque colpa, ma non è gravato della *custodia*, se non vi s'è spezialmente obligato (1).

3. È tenuto, per una particolar disposizione dello editto edilizio (2), dei difetti nascosti (*morbi*, *vitia*) onde la cosa era viziata al tempo del contratto (3), quando bene egli stesso non li avesse conosciuti (4): e similmente è mallevadore di tutte le qualità spezialmente determinate, onde la cosa abbia ad esser fornita ovvero immune (*dicta*, *promissa*) (5). Pertanto, allorchè la cosa venduta pecca di difetti nascosti, o che le cose *dette e promesse* non si trovano vere, il compratore può, senza far distinzione se i difetti sieno capitali o pure accessorii, proceder sempre a sua scelta o per la rescission del contratto o per la diminuzione del prezzo (6). Nel primo caso egli ha l'azione *redhibitoria*; nel secondo, l'azione *quanti minoris*. La prima dura sei mesi, la seconda un anno, quando il venditore ha dato cauzione pe' difetti della cosa; quando no, la prima debbe essere intentata entro due mesi, la seconda entro sei (7). La stessa natura poi dell'azion redibitoria porta ch'ella non possa essere intentata più di una sola volta; ma l'altra *quanti minoris* può tante volte usarsi, quante si scopra un vizio novello (8).

4. Finalmente, il venditore dee garentire il compratore dalla evizion della cosa (*evictionem praestare*), allorchè il suo dritto gli sia contraddetto da un terzo (9), quando anche egli non avesse espressamente promessa la garentia nel caso di evizione, ed avesse ignorato la cosa appartenere ad un altro (10). E sopra ciò vuolsi notare che chi vende a sciente la cosa altrui, deve rifare *omne id quid emtoris interest*, e che contro lui si dà il giuramento *in litem* (380); ma se di nessun dolo non può essere accagionato, non di altro dev'egli ristorare il compratore che del danno effettivamente causatogli e da doversi estimare secondo il valor reale della cosa al tempo della evizione (11). Però, l'obligo di sottostare alla evizione non astringe il

(1) I giureconsulti romani dissentono rispetto alla *custodia*. V. fr. 5, § 2, XIII, 6.—fr. 31, § 11, 12, XXI, 1.—fr. 13, § 16, XIX, 1.—fr. 14, pr. XLVIII, 2.—fr. 36, XIX, 1.—fr. 3; fr. 14, § 1, XVIII, 6; e la decision di Giustiniano nel § 3, J. III, 24.—Lochr;—Hasse, *Della colpa*.

(2) Dig. XXI, 1.—Cod. IV, 58.—Da principio l'editto edilizio s'applicava solo agli schiavi ed alle bestie da soma: ma in processo egli fu esteso, non che a tutte le altre cose, a tutti eziandio i contratti onerosi trasferenti la proprietà: fr. 1, pr.; fr. 19, § 5; fr. 38, pr. § 5; fr. 49, 63, ibid.—const. 4, ibid. Di già Cicerone, De Off. III, 16, 17, parla di cotal doppia estensione.—D'altra parte, esso non si applica nè alla donazione, nè alla locazione: fr. 62, 63, ibid.—Dedel, *De auctoritate præstanda a venditore rei vitiosæ*. Tr. ad Rh. 1827.

(3) Fr. 54, XXI, 1.—const. 3, IV, 58.

(4) S'ei li conosceva e nonpertanto ha taciuto, è in dolo, ed è tenuto di tutte le conseguenze (*omne id quod interest*): const. 1, IV, 58.

(5) Fr. 18; fr. 19, pr. § 2; fr. 38, § 10, XXI, 1.—fr. 66, pr. XVIII, 1.

(6) Fr. 1, § 6, 8; fr. 18, pr.; fr. 19, § 1, XXI, 1.—fr. 25, § 1, XLIV, 2.—Dietz, *Diss. de electivo concursu act. redh. cum act. quanti minoris*. Giess. 1789.—L'antica opinione, secondo cui l'azion redibitoria è solo applicabile ad un difetto capitale, e l'azione *quanti minoris* a un difetto secondario, è difesa da Westhoff, *Vindiciæ communis doctrinæ etc.* Helmst. 1804.

(7) Fr. 19, § 6; fr. 28; fr. 31, § 22; fr. 38, pr.; fr. 55, XXI, 1.—const. 2, IV, 58.—Aschen, *Diss. de præscriptione redhibitionis*. Gœtt. 1786.

(8) Fr. 31, § 16; fr. 48, § 7, XXI, 1.—Queste azioni non si estinguono per l'uso che si faccia della cosa.

(9) Dig. XXI, 2.—Cod. VIII, 45.—Doneau, *Tr. de evict. et duplæ stipulatione*; Op. prior. p. 212.—D'Arnaud, *Variar. conjec.* 2, 16.—Boehmer, *Exercit. ad Dig.* IV, n° 62.—Gluck, *Comm.* XX, § 1115 e seg.

(10) Fr. 19, XXI, 2.—const. 6, 25, VIII, 45.—const. 5, IV, 52.

(11) Fr. 64; fr. 66, § 3; fr. 70, XIX, 1.—fr. 45, pr. XIX, 1.—Presso i Romani, la *stipulatio duplæ* era in moltissimo uso

venditore (dal caso del dolo in fuori) se non quando mediante giudizio il comprator sia stato spodestato della cosa dal giudice ordinario (1), e quando egli non abbia negletto argomento alcuno di difesa. Ondechè il venditore non è tenuto a guarentia, quando la cosa perisce per evento fortuito, ovvero quando un ordine del principe ne privava il compratore (2). Debbe adunque il compratore avvertire il venditore dell'azione contro di lui intrapresa, e richiederlo della sua assistenza per difender le sue ragioni *(litem denuntiare)* (3). Del resto, l'obligazion di garentire la cosa consegnata dall'evizione si ha non solo nel contratto di vendita, ma parimente in tutti i contratti onerosi: epperò si ha nella permutazione, nello spartimento di una successione, nel compromesso, nella *datio in solutum* ec.; non si ha nella donazione. L'allogatore debbe altresì guarentire il godimento al fittaiuolo, *ut conductori re frui liceat* (4).

§. 408. b. *Delle obligazioni del compratore.*

Dal canto suo, il compratore è obligato:

1. A pagare il prezzo della cosa nel punto che gli è consegnata, sempre che altro non siasi convenuto: del qual pagamento s'egli è in mora, deve darne gl'interessi, perciò detti *moratorii*. Intendesi poi costituito in mora quando il termine posto al pagamento è trascorso; quando, avendogli fatto credenza del prezzo per un tempo indefinito, il venditore dipoi gli abbia significato che vuol esser pagato; finalmente, non essendo fatta la detta credenza, dal momento che la cosa gli è stata consegnata (5). Anche allora, che per non pagare il prezzo il comprator non incorre la mora, perciocchè per avventura egli ha motivi legittimi di non pagare, esempigrazia a cagion di una evizione imminente o di sequestro dal giudice fatto del prezzo, egli dee nondimeno tener conto degli interessi legali, nè può da siffatta obligazione prosciogliersi se non consegnando giudicialmente ciò che per prezzo egli deve (6).

2. È egli similmente tenuto di qualunque colpa (7), e generalmente a garentire al venditore la proprietà de' danari pagatigli per prezzo (8) (9).

pel caso della evizione; e fatta che si fosse, si potea sempre mediante l'azione *ex stipulatu* esigere il doppio, quando si avvorasse la evizione di *tuttaquanta* la cosa: fr. 42, 43, 56, § 2, XXI, 2.—Hustner, *Pr. de actione ex dupla emtori, cui res evicta est, competente.* Lips. 1762.—Della evizione di *parte* della cosa, *v.* fr. 1; fr. 64, § ult. XXI, 2.

(1) Fr. 34, 35, XXI, 2.

(2) Fr. 11, pr. XXI, 2.—const. 17, IV, 49 (a).

(3) Fr. 34, pr.; fr. 51, § 1; fr. 53, § 1; fr. 55, § 1; fr. 56, § 4-7; fr. 63, § 2, XXI, 2.—const. 8, 9, 20, 23. VIII, 45.

(4) Fr. 9, pr. XIX, 2.—I fr. 33, 34, 35 pr. eod., non sono contrari.

(5) Fr. 13, § 20, XIX, 1.—const. 2, IV, 32.—const. 3, IV, 54.—fr. 88, L, 17.—fr. 18, pr. XXII, 1.

(6) Const. 5, IV, 49 comp. co' fr. 7, fr. 18, § 1, XXII, 1.—fr. 13, § 20, XIX, 1.—const. 6, 9. IV, 32.

(7) *V.* i luoghi indicati sotto il § 407.

(8) Fr. 11, § 2, XIX, 1.

(9) Abbiamo aggiunto *la proprietà*, parendoci che senza ciò non sarebbe chiaro l' intendimento vero dell' autore. Il quale è di farci accorti di una distinzione da' giureconsulti fatta tra 'l venditore ed il compratore; cioè che il primo dovea semplicemente consegnar la cosa venduta, *tradere*, *præstare*, non già *dare*, ossia guarentirne la proprietà al compra-

(a) Ma questa const. parla di un fatto, non mica di un dritto; e di un fatto da non men che un Nerone! Giova ripeterla: « Expulsos vos de fundo *per violentiam* a Nerone, *quem habere jus in eo negatis*, profitentes, nullam vobis adversus eum ex cujus venditione fundum possidetis, actionem competere probatis.» Infatti, il venditore non ci avea che fare. Potrebbe veramente il Nerone qui mentovato non essere quello conosciuto per eccellenza; ma ad ogni modo, il fatto non farebbe torto al nome. *(Il Trad.)*

3. Finalmente, deve rimborsare al venditore le spese fatte per la conservazione della cosa dopo la conclusion del contratto (1).

§. 409. 3. *Delle azioni nascenti dal contratto di vendita.*

Il contratto di vendita produce due azioni; una pel venditore, detta *actio venditi*, l'altra pel compratore, chiamata *actio emti*. Ambedue sono azioni dirette, e tendono a fare eseguir le obligazioni dal contratto di vendita procedenti o di pieno diritto, o per particolari convenzioni (*ex pactis adjectis*, § 456 e 57) (2).

§. 410. E. *Della rescission della vendita.*

La vendita può esser rescissa:

1. Per lo consenso in contrario di tutt'e due le parti (*mutuo dissensu*); sì veramente che non le si sia dato ancora esecuzione, perciocchè altrimenti la esecuzion medesima del contratto avrebbe già spente le obligazioni da esso prodotte (3).

2. A richiesta di uno de' contraenti;

a) Quando egli s'è riserbata facultà di partirsi dal contratto durante un certo tratto di tempo (4).

b) Quando l'un o l'altro de' contraenti è stato leso di oltre a metà del prezzo (*laesio ultra dimidium s. enormis*), cioè a dir se ciò ch' egli ha ricevuto non valeva almen la metà di quello che ha dato (5). La parte lesa può procedere per la rescission del contratto, ma il reo può scegliere tra lasciar rescindere la vendita o pur riparare la lesione (6). Il beneficio per lesione enorme cessa quando siasene fatta espressa o tacita rinunzia (7); quando un testatore abbia ordinato di vendere la cosa per un determinato prezzo (8); nel caso di una *emtio spei* (9); e finalmente nelle vendite pubbliche.

§. 411. II. *Del contratto di locazione.*
A. *Nozione.*

Il contratto di locazione (*locatio et conductio*) (10) è quello con cui ta-

tore, essendo questo impossibile nel caso ch'egli avesse venduto cosa non sua, nel qual casoera solamente obligato *evictionis nomine*; dovechè per opposto il compratore, dovendo dar danari, cioè un *genere* e non già una *specie*, era obligato di *darli* in tutta la forza legale del termine, di farli propri del venditore, *venditoris facere nummos*. *(Il Trad.)*

(1) Const. 16, IV, 49. — fr. 13, § 22, XIX, 1.

(2) § 1, J. III, 24.—fr. 11, pr.; fr. 13, § 19, XIX, 1.—Cod. IV, 49.—Gluck, *Com.* XVII, 1040-43.

(3) § 4, J. III, 30.—Cf. fr. 6, § 2, XVII 1.—fr. 3, fr. 5, § 1, XVIII, 5.—fr. 35, L, 17.—Cod. IV, 45.

(4) Fr. 3, XVIII, 1. — const. 4, IV, 58. —Dig. XVIII, 5.

(5) Voet, *Ad Pand.* XVIII, 5, § 5, pensa altrimenti in quanto al compratore.

(6) Const. 2, IV, 44 comp. con la const. 8, ibid.—I quali rescritti non parlano veramente altrochè del venditore: ma nella pratica sono estesi, non che al compratore, a tutti eziandio i contratti onerosi. —Thomasius, *Diss. de æquitate cerebrina L. 2, C. de rescin. emt. vend.* Halæ, 1706. e *Diss. Acad.* t. 3, n° 73. – Stampeel, *Diss. de libello actionis ob læsionem enormem instituendæ non disjunctive concipiendo.* Helmstad. 1774. —Wichers, *Diss. de remedio L. 2. C.* cod. Groening. 1805. —De Bouswier, *Diss. de rescind. vend. ob læsionem enormem.* Tr. ad Rh. 1824. —Gluck, *Comm.* XVII, 1028-32.

(7) Arg. fr. 38, XVIII, 1.

(8) Fr. 49, § 9, XXX.

(9) Fr. 8, § 1, XVIII, 1.

(10) Caio, III, 142.—Inst. III, 25.—Dig. XIX, 2.—Cod. IV, 65. —Doneau, *Comm.* XIII, 6-9.—Anicholl, *De contr. locationis*

luno (*locator*) promette ad un altro (*conductor*) di fargli godere ed usare una cosa, ovvero fargli un lavoro od un'opera; per un prezzo determinato (*merces*) (1). La *mercede* della locazione è tanto essenziale quanto il *prezzo* della vendita, e tutto ciò che di questo è detto, egualmente a quella si affà (2).

Il contratto di locazione è perfetto, epperò le obligazioni da lui nascenti esistono, sittostochè i contraenti han convenuto della cosa e della mercè (3), salvo ch'essi non si sieno accordati di ridurlo in iscritto.

§. 412. B. *Delle specie di locazione.*

Il contratto di locazione, in ordine al suo obbietto, si divide nelle spezie che seguono:

1. La locazion di *cose* (*locatio et conductio rerum*); le quali possono essere:

a) O cose mobili;

b) O stabili urbani (*praedia urbana*), il conduttor de' quali più spezialmente si chiama inquilino (*inquilinus*);

c) O pure stabili rustici (*praedia rustica*), de' quali il conduttor si dice particolarmente fittainolo o colono (*colonus*).

2. La locazion di *opere* (*loc. et cond. operarum*), la qual è di due specie:

a) Quella in cui un famiglio o un operaio promette di adoperarsi per un certo salario.

b) Quella in cui s'imprenda a condurre un'opera per una determinata retribuzione (*locatio et conductio s. redemptio operis*). Il retributore è ad un tempo *locator operis* e *conductor operarum*; l'imprenditor dell'opera, *conductor s. redemptor operis* e *locator operarum* (§ 417) (4).

§. 413. 1. *Della locazion delle cose.*
a. *Del suo obbietto.*

Due condizioni son richieste per la locazion delle cose; una *cosa* che ne sia l'obbietto, e la *mercede* (*merces*, *pensio*) da pagarsi per l'uso e godimento di quella.

1. Qualunque cosa, mobile o immobile, corporale o incorporale, può

et conduct. L.-B. 1815. — Gluck, *Comm.* XVII, § 1044; XVIII, 1060. — Henot, *De tit. Pand. loc. cond.* Lovan. 1820.

(1) La *mercede* poi si distingue in *pigione*, *fitto*, *salario*, *fattura* o *manifattura*, secondo ch'ella è di case, di terre, di servigi, o di lavorio. *(Il Trad.)*

(2) Fr. 20, § 1; fr. 46, XIX, 2.

(3) Pr. J. III, 25. — Const. 17, IV, 21.

(4) Ma non trovandosi nel § 417 alcuna spiegazione di tali espressioni, trovate per levar la dubbitazione introdottasi nella locazion delle opere, di qual de' due contraenti abbia a tenersi pel vero locatore, e qual per conduttore; giova ricordare che gli autori fanno tra *opera* ed *opus* questa distinzione, che *opera* significhi la operazione dello artefice, *opus* il frutto di quella. E dicono che in questa sorta di locazione ciascuno si può per diverso rispetto dire ad un punto e locatore e conduttore, cioè secondo che si ha l'occhio alla *opera*, ovvero all'*opus*: perciocchè quel medesimo che alloga l'opera propria *(locat operam)*, conduce l'opera da farsi *(conducit opus faciendum)*; e per contrario, il conduttor dell'opera altrui è per un altro rispetto locator dell'opera da farsi. Il che notiamo per commodità de' lettori, non perchè punto ci persuada. Pare a noi che nella locazion di opere non altro locator si possa vedere che chi presta l'opera sua, nè altro conduttore che quegli il quale gliene paga la mercede; e che quel locatore o conduttor dell'opera da farsi *(operis faciendi)* sia una vera sofisticheria. *(Il Trad.)*

essere obbietto della locazione, sì veramente ch' ella non si consumi con l'uso (1). Si può anche dare a fitto la cosa altrui, parimente che la propria (2). Quando il pigionante o l'affittaiuolo riloga altrui la cosa allogatagli, il che può sempre che non vi sia convenzione in contrario, egli fa un subaffitto (*sublocatio et subconductio*) (3).

2. La retribuzion dell'affitto dee riunire le qualità medesime che il prezzo del contratto di vendita (§ 404). Dev' essa adunque consistere in una somma determinata di danari (4): e nonpertanto, nella locazion di cosa portante frutti, il prezzo può consistere in una parte di questi. Il fittaiuolo che retribuisce un tanto del ricolto, si chiama *colono parziario* (*colonus partiarius*) (5).

§. 414. b. *Delle obbligazioni de' contraenti.* I. *Di quelle del locatore.*

Il contratto di locazione sottomette i contraenti ad obligazioni scambievoli: in fatti, dacchè il contratto è perfetto, sono essi tenuti di qualsiasi colpa, alla *diligenza* ed alla *custodia* della cosa; solo il danno fortuitamente intervenuto non dev'esser rifatto (6). Allorchè, nella locazione di un fondo rustico, il fittaiuolo riceve il bestiame a quello pertinente, sotto condizione che al terminar dello affitto egli dovrà restituire un bestiame dello stesso valsente (*contractus socidae*), esso diventa proprietario del bestiame, e come tale sopporta la perdita fortuita (7) (8).

Ma il locatore è particolarmente obligato:

1. Di consegnare all'affittaiuolo la cosa per quell' uso al qual è destinata, e di lasciargliela durante tutto il tempo dello affitto. La qual regola però soggiace ad eccezione, quando il locatore è posto in necessità di usar della cosa locata egli stesso o pe' suoi, e che tal necessità può provare; quando la cosa ha bisogno urgente di riparazioni; quando l' affittaiuolo fa mal uso della cosa datagli in fitto (9); o quando egli fa correr due anni senza pagare la retribuzion convenuta (10).

2. Il locatore dee guarentire al fittuario l' uso ed il godimento della cosa (11), e mantenergliela tutto il tempo dell' affitto in tale stato, che quegli possa debitamente servirsene (12).

(1) Per es: fr. 12, § 2, VII, 1: «*Usufructuarius* vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest.»—fr. 9, § 1; fr. 25, § 1, XIX, 2.—fr. 66, XXIII, 3.—Nondimeno le servitù reali non possono esser locate senza i poderi a'quali appartengono: fr. 44, XIX, 2.

(2) Fr. 12, § 2, VII, 1.—fr. 23, pr. XX, 1.—fr. 35, § 1, XIX, 1.

(3) Const. 6, IV, 65.

(4) Pr. J. III, 25.—fr. 2, pr.; fr. 25, pr. XIX, 2.

(5) Fr. 25, § 6; fr. 35, § 1, ibid.—const. 21, IV, 65.

(6) Const. 1, 28, IV, 65.—Comp. § 5, J. III, 25.—fr. 25, § 7, XIX, 2.—fr. 5, § 15 in fine, XIII, 6.—fr. 9, § 2, XIX, 2.—Loehr, *Teoria della colpa*, p. 148.—Husse, *Della colpa*, p. 492.

(7) Quindi l' adagio tedesco: *Eisern Vieh stirbt nicht.*—fr. 3; fr. 54, § 2, XIX, 2.—Bertram, *Diss. de contractu socidæ.* Halæ, 1771.

(8) Il *contractus socidæ*, in nostra lingua detto *soccio*, è particolarmente regolato dal cap. IV, tit. VIII, lib. 3 delle nostre Leggi Civili. Ma si nota che il soccio qui mentovato dall' autore è solamente una delle quattro specie di soccio dalle nostre leggi divisate, e propriamente la terza, detta *soccio col fittaiuolo o colono parziario*, e che ivi si ricorda essersi chiamato ancora *soccio di ferro*.

(Il Trad.)

(9) Const. 3, IV, 65.—Ma questa const. parla solo delle case, non si estende punto a'beni rustici dati in fitto. Tal non è la sentenza di Mencken, *De jure expellendi colonos ob supervenientem necessitatem.* Helmst. 1751; ne' suoi *Opusc.* Halæ, 1770, n° 15.

(10) Fr. 54, § 1; fr. 56, XIX, 2.

(11) Fr. 9, pr. § 1; fr. 30, pr. ibid.

(12) Fr. 15, § 1; fr. 58, § 2; fr. 25, § 2, ibid.—*V.* però il fr. 25, § 4, ibid.

3. Finalmente, quando il contrario non fosse per avventura convenuto, il locator deve pagare i pubblici pesi gravanti la cosa (1) e rimborsare all'affittainolo le spese necessarie da lui fatte a pro di essa (2).

§. 415. II. *Dell'obligazioni del fittuario.*

L'affittaiuolo ha il dritto di usar della cosa e ritrarne i frutti, i quali però non fa suoi se non col raccorli (3).

D'altra parte, egli è obligato:

1. A pagar la retribuzione convenuta ne' termini prefissi. Però, se una parte considerevole de' frutti fortuitamente perisce prima della ricolta, egli ha dritto (se non sia convenuto il contrario) di esigere una diminuzion ragguagliata del fitto: ma, raccolti che sieno, i frutti stanno del tutto a suo pericolo (4).

2. Non può egli abandonar la cosa locatagli pria che lo statuito tempo sia trascorso (5), salvo se per particolari circostanze non gli fosse più permesso di pacificamente usare di quella (6).

3. È obligato a restituir la cosa al locatore al finir dello affitto (7).

§. 416. III. *Del come la locazione delle cose finisca* (8).

La locazion delle cose ha fine:

1. Pel trascorrimento del tempo convenuto. Se, trascorso questo, essa è immediatamente rinnovellata, o ch' espressamente, o che tacitamente, ecco si fa una *relocatio*. La tacita rilocazione è quando il pigionale o il colono, dopo trascorso il tempo del suo affitto, continua ad usar della cosa di saputa e senza contraddetto del locatore. Il nuovo affitto sottentra alle condizioni medesime del finito, ed in mancanza di convenzione o di consuetudine del luogo, la durata della tacita rilocazion di un fondo rusticale è sempre di un anno, quella di un fondo urbano continua finattanto ch' una delle parti la disdica (9).

2. Quando il dritto di proprietà del locatore, il qual era temporaneo, cessa, il pigionale o fittainolo che quando contrattò l' affitto conoscea siffatto stato di cose, non può nulla pretender dal locatore sotto nome di danni ed interessi (10).

3. Quando il locatore vende la cosa senza avere stipulato col compratore la continuazion dell' affitto. Il compratore, infatti, non è vincolato dal contratto intervenuto tra 'l locatore ed il fittuario; ondechè ben può quest' ultimo espellere, il quale può contro il locatore rivolgersi pe' danni ed interes-

(1) L'obbligo di alloggiare i soldati è nel romano dritto risguardato siccome un peso reale da sopportarsi dal locatore: fr. 3, § 13, 14, L, 4. — fr. 11, L, 5. — const. 5, 9, XII, 41. D'altra parte, l'obligo di far le spese a' soldati alloggiati è contato per un carico personale da sopportarsi dal fittuario. — *V.* Gluck, *Comm.* XVII, § 1053.

(2) Fr. 55, § 1, XIX, 2.

(3) § 36, J. II, 1. — *V.* il § 298.

(4) Fr. 25, § 6, XIX, 2. — fr. 15, § 2-7, ibid. — Albrecht, *De remissione mercedis ob sterilitatem indulgenda*. Gœtt. 1779. — Riedesel ab Eisenbach, *Diss. de eo quod justum est circa remissionem mercedis in loc. cond. ob calamitates bellicas*. Gœtt. 1760.

(5) Fr. 55, § 2, XIX, 2.

(6) Fr. 25, § 2 in fine; fr. 27, § 1; fr. 28; fr. 13, § 7; fr. 33, ibid. — Gluck, *Comm.* XVII, p. 478.

(7) § in fine, J. III, 25. — fr. 48, § 1, XIX, 2. — Const. 10, VIII, 4. — const. 34, IV, 65. — const. 25, ibid.

(8) Peschkau, *Diss. de variis modis, quibus loc. cond. finitur*. Lips. 1822.

(9) Fr. 13, § 11; fr. 14, XIX, 2. — Const. 16, IV, 65. — Paulsen, *Diss. de relocationis tacitæ effectu etc.* Gœtt. 1775. — Gluck, *Comm.* VII, 278.

(10) Fr. 9, § 1, XIX, 2. — fr. 25, § 4, XXIV, 3.

si. D' altra parte, l' affittaiuolo non è a patto alcuno obligato di continuare il suo contratto col compratore, se vendendo la cosa il locatore non ha nello stesso tempo ceduto il dritto resultante dal contratto (1). Ma la locazion delle cose non finisce per la morte dell' uno o dell' altro de' contraenti, se ciò non è stato espressamente convenuto (2).

§. 417. 2. *Della locazione di opera.* a. *Del suo obbietto.*

L' opera, la quale nella *locatio et conductio operarum* costituisce l' obbietto del contratto, debb' esser lecita e tale ch' essa possa ricevere un determinato prezzo, cioè a dire solita ad esser prezzolata, non già rimunerata di onorario (3). Gli stessi principj da noi posti ragionando della retribuzione della locazion delle cose, s' applicano pure al prezzo della locazione dell' opera, il qual si chiama eziandio *manupretium* (4).

§. 418. b. *Delle obligazioni de' contraenti.*

Al pari che nella locazion delle cose, ambe le parti sono qui tenute d' ogni colpa, della *diligentia* e della *custodia* della cosa, ma non del caso (5).

1. Se un accidente fortuito rende la prestazion dell' opera in tutto o parte impossibile, il *conductor* è obligato a pagar la promessa mercede, salvo se siffatto accidente accadesse nella persona di quello che ha promessa l' opera sua, il quale allora non può pretendere di esser pagato (6).

2. Il danno cagionato dal caso nella condotta di un' opera (7), è generalmente sopportato da colui pel quale si lavora (8). Ma questa regola ha le seguenti eccezioni:

a) Quando l' intraprenditor dell' opera piglia sopra sè l' evento fortuito.

b) Quando il danno procede da uno errore nella fattura dell' opera o da un difetto de' materiali adoperati (*in vitio operis*) (9).

c) Se siasi impresa un' opera sotto riserva ch' ella sia approvata, ed il danno è intervenuto prima dell' approvazione (10).

d) Quando un' opera è lavorata o consegnata a pezzi o misure, le parti non perancora consegnate ed accettate periscono per conto dello artefice (11).

e) Quando chi ordina un' opera somministra la materia, la quale l' artefice dee solamente restituir della stessa specie: perciocchè veramente la locazione in tal caso assume la natura del prestito (12). Quando invece l' artefice mette egli stesso la materia, havvi una vendita piuttosto che una locazione di opera (13).

§. 419. c. *Del come questa locazione finisca.*

Il contratto di locazione d' opera ha fine:

1. Quando una sola opera n' è l' obbietto, col compimento di questa.

(1) Const. 9, IV, 65. — *V.* fr, 25, § 1; fr. 32, XIX, 2. — fr. 120, § 2, XXX.

(2) § 6, J. III, 25. — fr. 19, § 8, XIX, 2. — Const. 10, IV, 65.

(3) Fr. 5, § 2, XIX, 5: « Tale factum esse debet, *quod locari solet.* »

(4) Fr. 30, § 3, XIX, 2.

(5) Fr. 25 § 7, XIX, 2; ed i luoghi citati sotto il § 414.

(6) Fr. 38, ibid. « Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si *per eum non stetit* quominus operas præstet. » fr. 19, § 9; fr. 15, § 6, ibid.

(7) Dell' *opus locatum conductum*, *v.* Hasse, *Diss. I, II, de opere locato conducto.* Lips. 1814.

(8) Fr. 59, XIX, 2.

(9) Fr. 51, § 1; fr. 62, ibid.

(10) Fr. 24, pr. ibid.

(11) Fr. 36, 37, ibid.

(12) Fr. 31, ibid.

(13) Fr. 2, § 1; fr. 22, § 2, ibid. — fr. 65, XVIII, 1.

2. Quando si compone di una serie di servigi della stessa specie, essa finisce per la morte di chi deve prestarli, e pel trascorrimento del tempo convenuto. Ma qui parimente può intervenire una espressa o tacita rilogazione. La tacita rilogazione, ch' è quando il servente continua ad adoperarsi dopo trascorso il tempo statuito, dura finattantochè una delle parti la disdica (1).

3. L' intraprendimento di un' opera finisce, quando il lavoro è fatto o l' intrapresa compiuta, oppur quando l' intrapreditore si morisse innanzi. Anche qui la rilogazione ha luogo (2).

§. 420. C. *Delle azioni nascenti dal contratto di locazione.*

Il contratto di locazione, sia che di cose, o che di opere, produce l' azione *locati* pel locatore, e l' azione *conducti* pel conduttore. Ambedue sono azioni dirette e tendono alla esecuzione delle obligazioni resultanti dal contratto (3). L' inquilino ha pure (ciò che non ha il colono) quand' egli abbia adempiuto le sue obligazioni, l' interdetto *de migrando* avverso il locatore che nol volesse lasciare uscire con le sue masserizie e tutto quanto gli appartiene (*cum invectis et illatis*) (4).

§. 421. III. *Del contratto enfiteutico.*

Il contratto enfiteutico (*contractus emphyteuticarius*) è quello con cui l' uno de' contraenti si obliga di rilasciare un fondo in enfiteusi (5), e l' altro a pagare una determinata retribuzione (§ 330). Da una parte questo contratto ha molta somiglianza con quello di vendita, dall' altra con quello di locazione; intantochè i romani giureconsulti disputaron non poco tra loro se il contratto enfiteutico fosse una vendita ovvero una locazione. Zenone lo dichiarò un particolare contratto, e Giustiniano confermò siffatta decisione (6). Del resto, esso è al pari che la vendita e la locazione perfetto col solo consenso de' contraenti, ed ha per effetto di obligare il proprietario a consegnare il fondo all' enfiteuta, il quale dal suo canto è tenuto a pagarne il pattuito livello. Quant' è agli eventi fortuiti, la legge ordina che la perdita di tutto lo stabile debba essere sopportata dal proprietario; quella di parte, dall' enfiteuta (7). Ma possono le parti con convenzioni *scritte* partirsi da questa regola (8).

L' azione nascente dal contratto enfiteutico, la qual compete o all' enfiteuta avverso il padrone dell' enfiteusi e viceversa, e che da tutt' e due le parti è un' azione diretta, chiamasi oggi *actio emphyteuticaria*.

§. 422. IV. *Del contratto di società.*
A. *Nozione.*

Il contratto di società (*societas*) (9) è un contratto consensuale, col qua-

(1) Arg. fr. 13, § 11 in fine, XIX, 2.
(2) Fr. 13, § 10, ibid.
(3) Pr. J. III, 25.
(4) Fr. 1, § 1-3, XLIII, 32.
(5) Dalle quali parole si vede come l' autore abbia voluto distinguere la *enfiteusi* come dritto reale, di cui perciò ragiona al § 330, dalla enfiteusi come contratto, della qual perciò crede dovere in questo luogo ragionare. Senza così fatta distinzione, la definizione dall' autore data del contratto enfiteutico, non direbbe niente.
(*Il Trad.*).
(6) Const. 1, IV, 66.—§ 3, J. III, 25.
(7) § 3, J. cit. in fine. — Const. 1, cit. in fine.
(8) Const. 1, citata: « — *scriptura interveniente.*»
(9) Caio, III, 148-54. — Inst. III, 26. —

le più persone (*socii*) si riuniscono per un fine comune e lecito (1) e convengono de' mezzi propri a raggiugnerlo. Esso è perfetto per lo solo consentimento ed accordo di tutti i socii (2).

§. 423. *Delle specie di società.*

1. In ordine al suo scopo, la società o è fatta per guadagnare (*societas quaestuaria*), o no. Nella prima, i socii possono convenire di accomunare tutti i loro acquisti e tutto il lor guadagno, o una parte solamente di loro acquisti e guadagno, o il profitto provegnente da un solo negozio (3).

2. Relativamente al suo obbietto, la società è *universale* quand' ella abbraccia tutti i beni de' socii, ovvero *particolare*, quando sola una parte di lor beni o una cosa individuale è commune (4). In quest' ultimo caso, i socii possono far comune la proprietà medesima della cosa, o soltanto l' uso di essa; delle quali due spezie di società le conseguenze sono a gran pezza differenti (5).

3. In una società universale i beni comuni debbono soggiacere a tutte le spese ed i debiti de' singoli socii (6); ma ogni altra sorta di società è tenuta solamente de' debiti della società, non mica di quelli particolari de' membri che la compongono (7).

§. 424. C. *De' rapporti de' socii tra loro.*

Gli impegni esistenti tra' socii mercè del loro contratto, sono i seguenti:

1. Ciascun socio deve conferire la parte ch' egli ha promessa (8). Posson per altro le parti differire, essere uguali o disuguali, e consistere in cose, in danari, ed in opera ovvero industria (9). L'opera o l' industria non dev' essere illecita (10), e colui che l' apporta nella società, deve adoperarvisi come socio e non come servitore.

2. I profitti, al pari che la perdita, debbono essere spartiti tra tutti gli associati ed in porzioni uguali, eccetto quando il contratto definisce la parte di ciascuno, o quando un terzo imparziale è incaricato di determinarla (11).

Dig. XVII, 2. — Cod. IV, 37. — Doneau, *Comm.* XIII, 15-17; XIV, 24. — Gluck, *Comm.* XV, § 961-71. — Toll, *Diss. de societate*, L.—B. 1752.

(1) Fr. 57, XVII, 2. — fr. 70, § ult. XLVI, 1.

(2) Fr. 4, pr. XVII, 2. — Havvi una differenza tra *societas* e *communio incidens*: di che *v.* il fr. 31, ibid.

(3) Non s'ha da intender questo, altrochè dell'acquisizione *onerosa*: fr. 7-13, XVII, 2.

(4) Pr. J. III, 26.—Fr. 1, § 1, XVII, 2. —Nella società di tutti i beni, le acquisizioni *lucrative* de' singoli socii vanno egualmente in comune: fr. 3, § 1, ibid.

(5) Fr. 58, pr. ibid. — Gluck, *Comm.* XV, p. 397. — Un autore pretende che s'abbia ad ammettere in *qualunque* società, nel dubbio, un condominio delle cose apportate da' socii.

(6) Fr. 39, § 3, X, 2.—Arg. fr. 39, § 1, L, 16. Quando il socio *omnium fortunarum* avea de' debiti prima che la società fosse, questa è parimente tenuta di pagarli: fr. 73, XVII, 2.

(7) Fr. 12, 27, XVII, 2; e Gunther, *Diss. ad legg. 12, 27, D. pro socio.* Lips. 1823.

(8) Fr. 52, § 8; fr. 73, XVII, 2. — Chi non mette niente nella società, e nondimeno partecipa ne' guadagni, è risguardato come donatario rispetto agli altri socii: fr. 5, § 2, ibid.

(9) Fr. 5, § 1; fr. 71, XVII, 2.—const. 1, IV, 37.

(10) Fr. 57, XVII, 2. — fr. 70, § ult. XLVI, 1.

(11) Caio, III, 149, 150.—§ 1, 2, 3, J. III 26. — fr. 6; fr. 29, pr.; fr. 76-80, XVII, 2. — Gluck, *Comm.* XV, p. 406. — Van Reenen, *Explic. L. 29, D. pro socio.* L. —B. 1824.—La convenzione per cui uno de' socii avrebbe tutti i guadagni, l'altro porterebbe tutte le perdite (*societas leonina*), non può stare come società, ma solo come donazione: fr. 29, § 2, XVII, 2.

3. Il socio che amministra i beni o parte de' beni comuni, è tenuto di qualunque colpa, e debbe avervi la stessa cura ch' egli suole avere alle faccende sue proprie (1): egli è obligato di render conto del suo maneggio, e deve alla società gl' interessi de' danari ch' egli ha investiti a suo particolare vantaggio o che troppo tardi ha consegnati (2); ma di rincontro egli ha il dritto di esiger da ciascun socio la rimborsazione delle somme da lui spese del suo, per conto della società (3).

4. L' azione tendente alla esecuzione di tutte siffatte obligazioni, la quale ciascun socio può intentar contro dell' altro, e ch' è maisempre un' azione diretta, chiamasi *actio pro socio* (4). Ogni socio inoltre ha contro all' altro il beneficio di competenza, vale a dire che per quello ond' egli sia rimasto debitor della società, non può essere astretto se non secondo suo potere (*in quantum facere potest*) (5).

§. 425. D. *De' rapporti de' socii co' terzi* (6).

Gli impegni de' socii verso i terzi sono i seguenti:

1. Quando tutti gli associati hanno essi stessi contrattato con un terzo, ciascun di loro non può, generalmente parlando, intentare se non per la porzione sua propria l' azione perciò competente; salvo che gli altri socii nol deleghino per loro, o che l' obligazione non sia per lo intero (7). Similmente, ciascun socio generalmente non può, s' egli non s' è obligato all' intero, esser richiesto o durante la società, o poich' ella è disciolta, se non per la sua porzione (8).

2. Quando tutti i socii non hanno da se stessi contrattato col terzo, uopo è distinguere:

a) Se l' amministrator della società è quello che ha contrattato per essa, egli solo ha il dritto di procedere in giudizio (9): i socii non possono utilmente intentare azione per la porzione lor propria, se non quando egli ha loro ceduti i suoi dritti (*ex jure cesso*), o quando egli non satisfaccia loro (10); ma il simile non è di contra, perciocchè il terzo può bene attaccare in solido i socii con l' azione *exercitoria* ovvero *institutoria* (11).

b) Se il contratto è stato concluso da un de' socii non costituito amministratore, gli altri non hanno il dritto di attaccare il terzo per la porzione lor propria, se non quando essi han dato commessione al socio di contrattare, o se hanno ratificato il contratto, o pur se hanno con lui fatta una società universale: in ogni altro caso, il socio contraente è solo idoneo a proceder contro il terzo, ed agli altri non resta che di rivalersi contro di

(1) Fr. 72, ibid. — § ult. J. III, 26. — Lœhr, *Teoria della colpa*, p. 318. — Il dolo di un socio lo assoggetta all' infamia: fr. 1; fr. 6, § 6, III, 2. — Se una cosa propria di tutta la società perisce per evento fortuito, la perdita dev' esser sopportata da tutti i socii; ma se non è comune, da quel solo al qual ella appartiene: fr. 52, § 3, 4; fr. 58, pr. § 1, XVII, 2.

(2) Fr. 60, pr.; fr. 67, § 1, ibid. — fr. 1, § 1, XXII, 1.

(3) Fr. 38, § 1, XVII, 2, comp. col fr. 67, § 2, ibid.

(4) § 9, J. III, 26. — fr. 31, XVII, 2. — § 28, J. IV, 6.

(5) Fr. 63, pr. XVII, 2. — fr. 16, XLII, 1.

(6) Lauterbach, *De sociorum obligatione quae oritur ex conventione cum extraneis inita*; nelle sue *Disput. jurid.* vol. 3, n. 20. — OEltze, *Pr. quatenus socii ob sociale debitum in solidum teneantur.* Helmstad. 1784. — Gluck, XVII, 460.

(7) Arg. fr. 11, § 1, XLV, 2. — const. 9, IV, 2.

(8) Fr. 44, § 2, XXI, 1.

(9) Fr. 38, § 17; fr. 126, § 2, XLV, 1. — fr. 11, § 10, XIV, 1. — fr. 1, XIV, 3.

(10) Fr. 1 in fine; fr. 2, XIV, 3. — fr. 5, XLVI, 5. — fr. 13, § 2, XIX, 1.

(11) Fr. 13, § 2; fr. 14, XIV, 3. — fr. 1, § 25; fr. 2, 4 § 1, XIV, 1.

lui (1). D' altra parte, il socio contraente si obliga per lo intero verso il terzo (2), e gli altri socii diventano obligati per la lor porzione sol quando sia provato esserne per essi seguita una *versio in rem* (3).

§. 426. E. *Dello scioglimento della società.*

La società si discioglie:

1. Col consenso di tutti i socii (4).

2. Per la rinunzia di un sol socio, purch' essa non sia intempestiva, cioè ch' ei non si ritragga o prima del tempo convenuto, o in tal circostanza in cui sarebbe comune interesse della compagnia di non disfarsi, o maliziosamente per aver solo egli un guadagno che ricadrebbe alla società (5).

3. Per la morte di un de' socii (6): nel qual caso, parimente che nell' anzidetto, la società si discioglie pure tra' rimanenti (7). Ma se, morto un de' socii, i rimanenti, o pur gli eredi del morto continuano l' impreso negozio, la società deve risguardarsi come rinnovata (8). Gli eredi del trapassato acquistano tutti i suoi dritti, e debbon pagare tutti i debiti dal loro autore contratti verso la società (9).

4. Quando fatta per un certo tempo, questo è trascorso (10); o fatta per un determinato negozio, questo venga a fine (11).

5. Per la perdita dell' obbietto della società (12).

6. Per la confisca de' beni di un de' socii, o quando a quelli concorrano i suoi creditori; salvo se la sua messa fosse non di danari, ma di opera o industria (13). Lo scioglimento della società non fa niente a' dritti de' terzi (14).

§. 427. V. *Del mandato*
A. *Nozione.*

Il mandato (*mandatum*) (15) è un contratto consensuale, con cui taluno s' incarica di far gratuitamente alcuna cosa per conto di un altro (16). Il primo dicesi mandatario (*mandatarius*), il secondo mandante (*mandans*). La cosa dal mandatario pigliata a fare, cioè l' obbietto del mandato, dev' esser lecita (17). Non è permesso promettere prezzo alcuno al mandatario, perchè allora sarebbe locazione e non mandato (18); ma ben può il mandante promettere un onorario in mercè de' renduti servigi (19). Siffatto onorario da una

(1) Fr. 67, § 1; fr. 74, XVII, 2.

(2) Fr. 28; fr. 65, § 3, XVII, 2.—const. 13, IV, 2.

(3) Fr. 82, XVII, 2.

(4) Fr. 65, § 3, XVII, 2.

(5) § 4, J. III, 26.—fr. 63, § 10; fr. 64; fr. 65, § 3, 6, XVII, 2.—Non si può convenire *ne abeatur*: fr. 14, ibid. — Delle conseguenze della rinunzia indebita o fraudolenta, *v.* il § 4, J. cit. — fr. 17, § 1, XVII, 2.

(6) Fr. 59, pr.; fr. 48, § 2, XVII, 2.

(7) § 5, J. III, 26.

(8) Fr. 37, XVII, 2.

(9) Fr. 65, § 9; fr. 35; fr. 40; fr. 63, § 8, ibid.

(10) Fr. 65, § 6, ibid.

(11) § 6, J. III, 26.

(12) Fr. 63, § 10 in fine, XVII, 2.

(13) Fr. 7, 8, J. ibid. — fr. 65, § 1, XVII, 2.

(14) Fr. 27, 28, ibid.

(15) Caio, III, 155.—Inst. III, 27.—Dig. XVII, 1.—Cod. IV, 35.—Doneau, *Comm.* III, 10-14; XVI, 23. — Buchner, *Saggio di una teoria del mandato in dritto rom.* Landshut, 1809. — Gluck, *Comm.* XVII, § 950-60.—Von Dam, *Diss. de mandato.* L.—B. 1824.—Graafland, *Diss. de mandato.* Tr. ad Rh. 1829.

(16) Della differenza tra *mandatum, jussus, consilium*, vedi il § 6, J. ibid. — fr. 6, § 5; fr. 12, § 12, ibid.— fr. 47, pr. L. 17.—fr. 2, II, 2.

(17) § 7, J. III, 27.—fr. 6, § 3; fr. 22, § 6, XVII, 1.

(18) § 13, J. ibid.—fr. 1, § 4, XVII, 1.

(19) Fr. 6, pr.; fr. 7, ibid.

parte non offende la natura del mandato, e dall' altra non è punto essenziale al contratto come il prezzo nella locazione dell' opera.

§. 428. B. *Delle specie del mandato.*

Rispetto alla *persona* in cui vantaggio ridonda, il mandato è semplice (*mandatum simplex*) quando la commessione si fa per conto del committente; oppure è qualificato (*mandatum qualificatum*), quando egli ha per iscopo l' interesse di un terzo, nel qual caso il commettente dicesi più propriamente *mandator* (1). Ma se il mandato è per conto dello stesso mandatario, questi chiamasi *procurator in rem suam* ovvero *cessionarius*, quando il mandante gli cede un credito avverso un terzo (§ 369); chiamasi, invece, *assignatarius*, quando il mandante lo incarica semplicemente di ricever da un terzo un pagamento per proprio suo conto (2).

2. Rapporto all' *obbietto*, il mandato può comprendere tutti quanti i negozi del mandante, o una sorta di negozi, o un negozio solo. Ne' due primi casi il mandato è *generale* (*mandatum generale*), nel terzo è *speciale* (*mandatum speciale*) (3).

3. Riguardo alla *forma*, il mandato è *espresso* o *tacito*. Questo secondo è soprattutto quando noi, sapendo che un altro dà opera a' negozi nostri, non vi ci opponiamo (4). La ratificazione da noi data ad un affare, che taluno abbia fatto per conto nostro senza nostra commissione nè saputa, ha per lui gli effetti medesimi del mandato espresso (5).

4. I sensali (*proxenetae*), i quali si adoperano per regolare e concludere gli affari commerciali, sono in effetto una particolar sorta di mandatarii. Essi ricevono generalmente una senseria detta *proxeneticum*; e quando tutt' e due le parti li hanno adoperati, sono testimoni irrecusabili nel negozio per essi concluso; dovechè se una sola parte li adopera, la testimonianza loro può essere invocata contro, ma non mai in favore di quella (6).

§. 429. C. *Delle obligazioni de' contraenti tra loro.*

Il mandato ingenera due specie di obligazioni; le une tra' contraenti medesimi, le altre tra essi ed i terzi co' quali il mandatario ha contrattato.

1. Le obligazioni del mandatario verso il mandante sono le seguenti:

a) Egli dee procurare il negozio del quale si è incaricato, conformemente al suo mandato, ed in persona (7).

b) Deve rimettere al mandante tutto ciò che la esecuzion del suo mandato gli ha fatto acquistare, rendere a tale effetto un conto, e pagar gl' interessi delle somme da lui riscosse ed usate a profitto suo proprio, o ch' egli è in mora di restituire (8).

(1) Fr. 12, § 14, 15; fr. 32, 28, XVII, 1. — fr. 13; fr. 41, § 1, XLVI, 1. Dassi pure tal nome a qualsivoglia mandante: fr. 22, § 11, XVII, 1.

(2) *V.* in generale: pr. § 1-6, J. III, 27.—fr. 34, pr. XVII, 1.—Sicherer, *Com. de assignationibus*. Giess. 1772. — Gunther, *De assign.* Lips. 1829.

(3) Fr. 1, § 1; fr. 58, 60, 63, III, 3.

(4) Fr. 60, XV, 17. — fr. 18; fr. 53, XVII, 1.

(5) Fr. 60, L. 17.—const. 3, III, 32. — const. 3, VIII, 38. — fr. 9, III, 5. —Welcker, *Interpr. L. 9, de negotiis gestis etc.* Giess. 1813.

(6) Dig. L, 14.—Schorch, *Diss. de proxenetis*. Erford, 1866.

(7) § 11, J. III, 27.—fr. 27, § 2; fr. 5, pr. § 1, XVII, 1. « Diligenter fines mandati custodiendi sunt. » — § 8, J. ibid.— fr. 3, § 2; fr. 4; fr. 5, pr. § 3, 4; fr. 36, § 3; fr. 41, 46, ibid. — Del dritto di sostituzione del mandatario, *v.* fr. 8, § 3, ibid.—fr. 28, III, 5.

(8) Fr. 10, § 3, 8; fr. 12, § 10; fr. 20, pr. XVII, 1.

c) Finalmente, egli è tenuto della colpa, ed obligato alla *diligentia* (1).

2. Dall' altro canto, il mandante è obligato:

a) Di dare al mandatario ciò che gli avesse promesso per onorario, e di rimborsargli una con gl' interessi tutte le spese da lui fatte per la esecuzion del mandato, quando bene egli senza sua colpa avesse fallito al designato fine (2).

b) Di liberare il mandatario da tutte le obligazioni da lui contratte per tal conto (3).

c) Di farlo salvo da qualunque colpa sua propria (4). Vero è ch' egli non è tenuto del pregiudicio al mandatario incolto per evento fortuito (5): ma il dolo gli porta infamia (6).

3. L' azione derivante dal mandato in ciascun de' contraenti avverso dell' altro, si chiama *actio mandati*. Essa è *diretta*, quando il mandante l' adopera contro al mandatario; *contraria*, quando questi sen vale per astringere il mandante alla esecuzion delle obligazioni risultanti dal contratto (7).

§. 430. D. *Delle obligazioni del mandante verso i terzi, co' quali il mandatario ha contrattato.*

Il mandante ed il mandatario son riguardati siccome una sola e stessa persona in quanto alle obligazioni dal secondo contratte con terzi. Il mandante dunque ha, per conto del negozio contrattato dal mandatario con un terzo, un' azione utile contro a quest' ultimo; il quale dal canto suo l' ha similmente contro al mandante (8). Può pure il terzo, mentrechè dura il mandato, attaccare il mandatario che possegga de' beni appartenenti al mandante; ma più nol può dopo la estinzion del mandato, salvo che il mandatario non avesse contrattato in proprio nome, o mallevato pel mandante, o trapassato i limiti del mandato (9) (10).

§. 431. E. *Di come il mandato finisca.*

Il mandato finisce:

1. Di consenso delle due parti (11).
2. Con la morte dell' uno o dell' altra (12).
3. Per la rivocazione fatta dal mandante (13).
4. Per la rinunzia fatta dal mandatario (14).

Ma così nel terzo, come nel quarto caso, la disdetta non dev' essere intempestiva (15).

(1) Const. 11, 13, 21, IV, 35.—fr. 22, § 11, XVII, 1.—fr. 1, § 12, XVI, 3.—fr. 1; fr. 6, § 6, III, 2.—Lœhr, Hasse, *Della colpa.*

(2) Fr. 10, § 9; fr. 12, § 7-9; fr. 27, § 4, XVII, 1.—fr. 7, ibid.—const. 17, IV, 35.

(3) Fr. 45, § 1-5, ibid.

(4) Fr. 61, § 5, XLVII, 2.

(5) Fr. 26, § 6, 7, XVII, 1.

(6) Fr. 6, § 5, III, 2.

(7) § 28, J. IV, 6.—Wintgens, *Diss. de act. mandati directa.* L.—B. 1807.

(8) Fr. 13, § 25, XIX, 1.—fr. 31, pr. III, 5.—fr. 19, XIV, 3.—fr. 10, § 5, XVII, 1.—const. 5, IV, 25.

(9) Fr. 67, III, 3.—Arg. fr. 1, § ult. XV, § 4.—fr. 13, 19, XLVI, 8.—fr. 6, § 1, 2; fr. 57, § 1, XII, 6.

(10) Ne' quali casi, si può attaccare il già mandatario ne' beni suoi propri; a differenza del mandatario attuale, del quale si è poco prima veduto che può solo essere attaccato ne' beni ch' egli possegga pel mandante. *(Trad.)*

(11) § 4, J. III, 30.

(12) § 10, J. III, 27.—fr. 12, § 17; fr. 26, pr.; fr. 27, § 3; fr. 57, 58, XVII, 1.—const. 5, IV, 35.

(13) § 9, J. ibid.—fr. 15, XVII, 1.

(14) § 11, J. ibid.—fr. 22, § 11; fr. 23-25, ibid.

(15) Const. 13, § 9; const. 14, § 1, III, 1:

II. *Obligationes quae re contrahuntur.*
§. 432. *Nozione e specificazione.*

In molte convenzioni il vicendevole consentimento non basta per produrre una obligazione ed un' azione; ma si richiede inoltre che l' una delle parti dia qualche cosa all' altra, la quale gliela debba restituire o pur contraccambiare con altra. Queste son le convenzioni, delle quali i Romani dicevano *obligatio* re *contrahitur*; i moderni han loro dato il nome di *contratti reali* (1). Alcuni di questi contratti hanno appresso i Romani un proprio lor nome (*proprium nomen*) e producono una omònima azione: oggidì son chiamati contratti nominati (*contractus nominati*), e si propongon sempre la restituzione del dato. Altri non hanno tra' Romani proprio nome, e sol producono un' azione generale *praescriptis verbis*: oggi si chiamano contratti innominati (*contractus innominati*), ed han per fine una prestazione reciproca (2). Spesso i contratti reali son preceduti da una convenzion preparativa (*pactum antecedens*), poggiata in sul solo consenso, e che presso i Romani nella qualità sua di semplice patto non produceva alcun' azione (3).

A. DE' CONTRATTI NOMINATI.

§. 433. I. *Del mutuo.*
A. *Nozione.*

Il mutuo (*mutuum s. res creditae*) (4) è un contratto reale con cui si dà altrui una somma di danari o una quantità di altre cose fungibili, sicch' egli ne diventi padrone, ma con la condizione che restituirà altrettanto della medesima specie e qualità (*rem in genere, s. in eadem quantitate et qualitate*) (5).

§. 434. B. *Degli effetti del mutuo.*

Questo contratto non è perfetto se non per la consegnazion della cosa, la qual però può bene esser fatta *brevi manu* (6). Gli effetti del mutuo sono:
1. Chi toglie a mutuo diventa proprietario della cosa mutuata (7). Ondechè colui, il qual è proprietario del danaro o della cosa formante obbietto del contratto, e che ha la libera disposizion de' suoi beni, può solo dare a mutuo (8). Se chi ha dato a mutuo non è proprietario della cosa, nè chi riceve può per questo sol motivo diventarlo. Ma ben egli diventa proprietario se un altro motivo si aggiugne alla mutuazione. Similmente, quando egli consuma in buona fede le cose ricevute, oppur le mischia con le sue: nel qual caso colui che prima era proprietario poniamo del danaro, non ha

(1) Inst. III, 15.
(2) Fr. 1-3, XIX, 5.
(3) Fr. 7, § 4, II, 14. — fr. 34, pr. XVII, 1.
(4) Caio, III, 90.—Pr. J. III, 15.—Dig. XII, 1. — Cod. IV, 1, IV, 2. — Doneau, *Comm.* XIV, 1.—H. ab Idsinga, *Diss. de mutuo et veteri liberarum obligatione*. Franeq. 1739. — Gluck, *Comm.* XI e XII, § 776-78.—Hoyer, *Diss. de mutuo sec. jur. rom. et hodierni principia*. L.—B. 1824.
(5) Pr. J. III, 15. — fr. 2, 3, XII, 1. — fr. 1, § 2, XLIV, 7.
(6) Fr. 15, XII, 1.
(7) Pr. J. Ibid. « — in hoc damus, ut accipientium fiant.» *V.* fr. 2, § 2; fr. 13, 41, XII, 1.—Caio, III, 90.—Per lo avviso contrario, *v.* Salmatius, *Tract. de usuris*. L.—B. 1638, e *Liber de modo usurarum*. Ibid. 1639.—Ma egli è confutato da Fabrotus, *Replicatio adversus Salmatii etc.* in Otto, *Thes.* t. 3, p. 1237; e Gœsius, *Vindiciæ pro recepta de mutui alienatione sententia*. Hal. ed Helmst. 1768.
(8) § 2, J. II, 8. — fr. 12; fr. 19, § 1, XII, 1.

l' azione *mutui*, ma solamente un' azion personale per la restituzione di pari somma; la quale azion personale chiamasi *condictio Juventiana* (1).

2. Il debitore è tenuto di restituire al tempo statuito la cosa mutuatagli: ma essendo egli obbligato a restituire altro tanto e tale, i pericoli della cosa ricevuta appartengono a lui (2).

3. L' azione competente al mutuatore per la restituzion del mutuo, si chiama *actio mutui* ovvero *condictio certi ex mutuo* (3). Già s' intende che il debitore, a tale azione soggetto, dev' esser persona capace di obligarsi (4).

4. Il debitore in mora quanto alla restituzione del mutuo, deve generalmente pagarne gl' interessi (5). Eccetto tal caso, gl' interessi non sono essenziali di questo contratto; il perchè non sono mai sottintesi, e debbono sempre esser convenuti innanzi. Quando sieno convenuti, il prestito prende nome di *foenus* ovvero *pecunia foenebris* (6).

§. 435. C. *Del senatoconsulto Macedoniano.*

Una particolar disposizione del senatoconsulto Macedoniano (7) vieta a chiunque di prestar danari a un figliuol di famiglia senza il consentimento di colui, sotto la cui potestà paterna egli sia. Chi ad onta di siffatta disposizione dà in prestito ad un figliuol di famiglia, può, quando egli intenta la sua azion per restituzione, esser respinto mediante la *exceptio Scti Macedoniani*, così dal figliuolo diventato di sua ragione per la morte del padre o per emancipazione, come dallo stesso padre (8). Ma questo senatoconsulto si limita a rifiutare al creditore un' azione, lasciando però sussistere la obligazion naturale. Pertanto il figliuolo, o suo padre, o il mallevadore che paghi il debito, non ha niente che raddomandare con la *condictio indebiti*; e similmente il creditore è sempre ammesso ad opporre la compensazione (9).

Nulladimeno vi ha de' casi in cui nè il figliuolo nè il padre posson valersi della eccezione del senatoconsulto Macedoniano; ciò sono:

1. Quando il padre ha consentito al mutuo, o pur lo abbia ratificato dipoi (10). Il padre acconsente tacitamente quando egli, sapendo che suo figlio accatta danari, non vi s' oppone (11).

2. Quando il padre ha deputato suo figlio *magister navis* ovvero *institor*, o quando gli ha dato un peculio per mercantare, e che il figliuolo contrag-

(1) Fr. 11, § 2; fr. 19, § 1; fr. 32, XII, 1.—fr. 78, XLVI, 3.—Conradi, *Juventiana condictio quæ est in L. 32 D. de reb. cred.* Marb. 1773.

(2) § 2, J. ibid. —fr. 1, § 4, XLIV, 7. —fr. 42, XXIII, 3.

(3) Pr. J. ibid. — fr. 9, pr. XII, 1. — const. 5, VII, 35.—fr. 2, XXVI, 9.—const. 2, V, 39.

(4) Pr. § 1, J. I, 21.—fr. 13, § 1, XII, 6.

(5) Fr. 40, XII, 1, e Van Eck, *Diss. de septemdamnatis legibus Pandect. s. crucibus Jctorum*; Suppl. *Thes.* di Meerman, p. 575. — Van Bynkershoek, *Ad. L. 40 D. de reb. cred.* Lugd.—Bat. 1699.—Gluck, *Comm.* XIV, p. 268.

(6) Fr. 24, XIX, 5.—const. 3, IV, 32.

(7) Questo senatoconsulto fu fatto sotto Claudio, e poi rinnovato sotto Vespasiano.—Tacito, *Ann.* XI, 13.—Svetonio, *Vesp.* c. 11. — Zimmern, *Rechtsg.* t. 1, § 193. — *V.* § 7, J. IV, 7, e Teofilo ivi. — Dig. XIV, 6. — Cod. IV, 28. — Doneau, *Comm.* XII, 24-28. — Reinold, *Diss. ad Sctum Mac.* Trecfiti a V. 1717.—Cramer, *De vita et legisl. Vespasiani Imp.* p. 182. — Hubner, *Diss: ad Sctum Mac.* Lips. 1798 — Lœbenstern, *Diss. de Scto Mac.* Marb. 1828. — Gluck, *Comm.* XIV, § 898-904.

(8) Fr. 1, pr. XIV, 6.—§ 4, J. IV, 7.— Esso non s' applica ad altro che al danaro mutnato *(mutua pecunia)*; ma quando si tratti d' altre cose, è mestieri che la legge non sia stata fraudata *(in fraudem legis)*: fr. 3, § 3, ibid.

(9) Fr. 7, § 15, 16; fr. 9, § 4, 5; fr. 10, XIV, 6.—fr. 40, pr. XII, 6.—fr. 6, XVI, 2.

(10) Const. 2, 4, 5, 7, IV, 28.—fr. 7, § 15, XIV, 6.

(11) Fr. 12, 16, ibid.

ga un imprestito nella qualità o per la mercatura tribuitagli dal padre (1).

3. Quando il danaro tolto a mutuo è stato usato in vantaggio del padre, per quel tanto ch'egli se n'è avvantaggiato. Tal è, tra gli altri, il caso in cui il denaro ha sopperito a spese alle quali il padre era obligato (2), o che il figliuolo l'ha speso per riscatto del padre pigliato da' nemici (3).

4. Quando il mutuo è servito a pagare un altro debito validamente contratto (4).

5. Quando il figliuolo era soldato al tempo che tolse a mutuo (5).

6. Quando il pretore avea di buone ragioni per credere il figliuolo *sui juris* (6).

7. Da ultimo, quando il mutuo è nullo in se stesso, ovvero il mutuante domanda la restituzione in integro per cagion di minore età (7).

Altri casi vi ha, ne' quali al solo figliuol di famiglia è tolto di potere invocare il beneficio del senatoconsulto Macedoniano; ciò sono:

1. Quando egli contrattando s'è falsamente dichiarato di sua ragione, e che il mutuante avea ragioni sufficienti di crederg1iene (8).

2. Quand'egli possedea de' beni di sua libera disposizione, per esempio un *peculium castrense* o *quasi castrense*, ovvero un *peculium adventitium extraordinarium:* nel qual caso era tenuto fino al ragguaglio di così fatti beni (9).

3. Quando, diventato di sua ragione, egli ha espressamente o tacitamente riconosciuto e ratificato il mutuo per innanzi contratto (10). Egli ratifica tacitamente tuttoquanto il debito quando, fatto di sua ragione, comincia a pagare il debito o dà sicurtà: riconoscelo altresì quando dà un pegno per sicurezza del credito, ma per non più del pegno (11).

§. 436. D. Pecunia trajectitia.

La regola che le cose mutuate sono a pericolo del debitore dal momento ch'ei le ha ricevute, soggiace ad eccezione nel caso della *pecunia trajectitia;* ch'è il danaro da taluno prestato perchè passi il mare in contanti ovvero in merci dal debitore comprate. In cosiffatto prestito, il creditore sopporta il rischio della perdita dal dì che la nave parte, infino al momento ch'ella arrivi al destinato luogo (12). Gl'interessi non sono essenziali neppure in questo contratto, ma quando son convenuti, si chiamano *foenus nauticum:* ed avendo risguardo al ripentaglio a cui il creditore si mette, ed anco al tempo che il tragitto può prendere, gli si permette di esigere interessi maggiori degli ordinari, fino al dodici per cento (13) (14).

(1) Fr. 7, § 11, ibid.—*V.* più giù, cap. 3 tit. 3, delle azioni *exercitoria et institutoria.*

(2) Per es: fr. 7, § 12, 13, ibid.—const. 2, 5, ibid.

(3) Nov. 115, c. 3, § 13.

(4) Fr. 7, § 14, ibid.

(5) Const. 7, § 1, ibid.

(6) Fr. 3, pr. § 1; fr. 19, ibid.—const. 2, ibid.

(7) Per es: fr. 3, § 2, ibid.

(8) Const. 1, ibid.

(9) Fr. 1, § 3; fr. 2, ibid.

(10) Const. 2, ibid.

(11) Fr. 7, § 16; fr. 9, pr. ibid.—Joppert, *Diss. de mutuo a filiofam. sui juris facto tacite agnito.* Giess. 1775.

(12) Dig. XXII, 2.—Cod. IV, 33.—Nov. 106, 110,—Hudtwalker, *De foenore nautico Rom.* Hamb. 1810.—De Cock, *Diss. de foen. naut.* Leodii, 1829.—Gluck, *Comm.* XXI, § 1139-43.

(13) Fr. 4, § 1, ibid.—const. 26, § 1, IV, 32.

(14) Ma perciocchè la sostanza della usura nautica consisteva in ciò, che il denaro prestato non era a rischio del debitore, ma dello stesso creditore; e che per prezzo appunto di tale straordinario pericolo si permetteva di estenderne la tassa in infinito per l'antico diritto (testimone Paolo, *Rec. Sent.* 2, 14, § 3) e fino al dodici pel nuovo; per parità di ragione il medesimo era concesso per

§. 437. II. *Del comodato.* A. *Nozione.*

Il comodato *(commodatum)* (1) è un contratto col quale uno dà ad un altro una cosa non fungibile (2), perch'ei se ne serva gratuitamente (3), e poi quella medesima *(in specie)* gli restituisca (4). Colui che presta a tal modo, chiamasi comodante, *commodans;* colui che riceve, comodatario, *commodatarius* (5).

§. 438. B. *Degli effetti del comodato.* 1. *Obligazioni del comodatario.*

Questo contratto obliga il comodatario:

1. Ad aver la massima cura alla cosa accomodatagli: ondech'egli è tenuto per qualsiasi colpa, ed obligato alla *diligentia*, nè d'altro è franco che dal solo evento fortuito (6).

2. Non può far della cosa altro uso che quello di essa convenuto: altrimenti, ei commette un *furtum usus*, ed è tenuto dello stesso danno fortuitamente avvenuto (7).

3. È obligato di restituire al commodante senza indugio alcuno la cosa *in specie*, dopo ch'egli ne ha fatto l'uso prefisso.

molti casi, ne'quali la stessa sostanza si riscontrava. Tal era quando si avessero a trasportar danari o mercanzie per terra sì, ma per luoghi infestati da nimici o ladroni. Il medesimo dicono i giureconsulti esser quando non vi fosse già pericolo di mare nè di terra, ma pure il mutuante avesse sopra sè pigliato il pericolo di una condizione incerta, che torna al medesimo, cioè mettere a ripentaglio il danaro mutuato: per esemplo, se uno avesse prestato ad un pescatore per dargli modo di pescare, a patto che *si capisset* avesse a rendere il capitale e con esso quel soprappiù di utili *(additamentum)* concesso per prezzo del corso pericolo. Similmente, se si mutuasse ad uno atleta di che mettersi ad ordine e governar sue forze, sotto condizione *si vicisset*; o pure ad un medico, il quale non dovesse restituire, se non quando il mutuante non guarisse di sua cura *(si non tua cura convaluero)*; e generalmente, in qualunque altra mutuazione, nella quale altri metta a ripentaglio la propria facoltà, non però la biscazzi, perchè quando siffatte convenzioni in *aleæ speciem cadunt*, non godono il beneficio della *pecunia trajectitia*. La qual per altro, dacchè sonosi introdotte le lettere di cambio, ha quasi in tutto perduto il suo più stretto significato. *(Trad.)*

(1) Paolo, II, 4.—§ 2, J. III, 15.—Dig. XIII, 6.—Cod. IV, 23.—Donean, *Comm.* XIV, 2, 3.—Gluck, *Comm.* XIII, § 853 e seg.—Van Reigersberg, *Diss. de commodato.* L.-B. 1825.—Schmidt, *Del commodato e del precario.* Lips. 1841.

(2) Fr. 3, § 6; fr. 4, XIII, 6: «Non potest commodari id *quod usu consumitur*, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.» Di ordinario l'obbietto del comodato è una cosa mobile; ma può essere ancora un immobile: fr. 1, § 1, ibid.

(3) Perchè, quando si stipuli un prezzo, è piuttosto allogazione: § 2, J. III, 15 in fine.

(4) Il debitore adunque non diventa proprietario, come nel mutuo, della cosa prestatagli: § 2, ibid.—fr. 9, XIII, 6: «Nemo commodando rem facit ejus, cui commodat.» Egli è perciò, che i rischi della cosa non sono per lui.

(5) Presso i Romani egli chiamavasi: *qui commodatum accipit*; o pure: *is cui commodata res est:* fr. 3, § 2; fr. 5, § 2, ibid.—fr. 14, § 10, XLVII, 2.

(6) § 2, J. III, 15.—fr. 5, § 2-9, XIII, 6. Nondimeno si eccettua quando altrimenti è stato convenuto, o quando il comodante ha prestata la cosa solamente per proprio suo vantaggio *(sua causa)*: fr. 5, § 10; fr. 10-12; fr. 18, pr. ibid.—Il comodatario similmente non è obligato a indennità di quel deterioramento che la cosa riceve per effetto di un uso regolare: fr. 23, ibid.

(7) § 6, 7, J. IV, 1.—§ 2, J. III, 15.—fr. 18, pr. XIII, 6.

4. Se vi sono più comodatàrii di una stessa cosa, la legge obbliga ciascun per lo intero, tanto rispetto alla cosa medesima, quanto alla rifazione del danno (1).

5. L' azione spettante al comodante avverso il comodatario perchè questi esegua le sue obbligazioni, è l' azion diretta di comodato *(actio commodati directa)*.

§. 439. 2. *Delle obligazioni del comodante.*

Dal suo canto il comodante ha egli pure delle obligazioni da compiere:

1. In generale, egli non è tenuto altro che della colpa grave (2).

2. Egli deve lasciar la cosa al comodatario fino a che questi ne abbia fatto l'uso convenuto (3).

3. Finalmente deve ad esso comodatario rimborsar le spese da lui fatte per la conservazion della cosa, ma solamente in quanto esse non sono nè ordinarie nè rilevanti (4). Può egli essere astretto dal comodatario ad eseguir siffatte obligazioni, mediante l' azion contraria di comodato *(actio commodati contraria)* (5).

§. 440. III. *Del deposito.*
A. *Nozione.*

Il deposito *(depositum)* (6) è un contratto col quale dassi a taluno una cosa perchè la custodisca gratuitamente (7). Colui che riceve il deposito si chiama depositario *(depositarius)* (8); colui che deposita, deponente *(deponens)*, depositatore *(depositor)*. Quando alcuno è astretto da necessità a dare in guardia la sua cosa ad un altro, il deposito prende nome di *depositum miserabile*, oggi deposito necessario (9).

§. 441. B. *De' suoi effetti.*
1. *Obligazioni del depositario.*

Questo contratto obliga il depositario:

1. A conservar la cosa. Egli non può, generalmente, usarla nè valersene (10); salvo quando tal facoltà gli fosse espressamente o tacitamente concessa. Concedendosi l' uso, se la cosa depositata non è fungibile, il de-

(1) Fr. 5, § 15; fr. 6, XIII, 6.
(2) Fr. 18, pr. § 3; fr. 22, XIII, 6.
(3) Fr. 17, § 3, ibid.
(4) Fr. 18, § 1, 2; fr. 21, 22, ibid. (a).
(5) Fr. 17, § 1; fr. 21, pr.; fr. 22, ibid.
(6) § 3, J. III, 15.—Dig. XVI, 3.—Cod. IV, 34.—Paolo, II, 12.—Coll. Leg. Mosaic. tit. X.—Donean, *Comm.* XIV, 2.—Gluck, *Comm.* XV, § 938.—De Harveng, *Diss. de deposito.* Lovan. 1826.
(7) Fr. 1, pr. XVI, 3: « Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. » Chiamasi pure *commendatum:* fr. 186, L, 16.—Perchè pagandosene mercede, diventa locazione: fr. 1, § 8, XVI, 3.
(8) Fr. 1, § 36, ibid. Talvolta il depositatore riceve anch' egli questo medesimo nome: fr. 7, § 3, ibid.
(9) § 17, J. IV, 6.—fr. 1, § 1, 3, ibid.
(10) § 6, J. IV, 1.—const. 3, IV, 34.

(a) Quanto all'azion pignoratizia, trovasi veramente disposto che le spese di troppo momento fatte dal creditore per la cosa datagli in pegno, tali che questa *gravis sit debitori ad recuperandam*, non si potessero rigorosamente raddomandare, ma che il giudice dovesse tener per lo mezzo, *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur*. Ma quanto al comodato non troviamo il simigliante: anzi lo stesso fr. 18 citato dall'autore dice espressamente il contrario: « Ma quel medesimo che abbiam » detto delle spese fatte per la salute o per la » fuga (dello schiavo comodato), deve intendersi delle spese di maggior momento; perciocchè le piccole spese, allo stesso modo che » le giornaliere, sono veramente a carico del » comodatario. » — Le nostre Leggi civili parlano della qualità delle spese che il comodante dee rimborsare, ma nulla diffiniscono della quantità: art. 1762. (*Il Trad.*)

posito prende la natura di contratto di locazione ovvero di commodato, secondo che si paga o no l' uso che di quella si fa (1); se per contrario il deposito è di una somma di danari, bisogna distinguer tre casi:

a) Il primo, quando il depositario ha domandato o immediate o dopo alcun tempo di usare il deposito, e questo gli è stato concesso: in tal caso il deposito si trasforma in mutuo dal momento che l' uso è assentito (2).

b) Il secondo è quando il depositario non ha dimandato, ma il deponente gli ha spontaneamente dato facultà di servirsi de' suoi danari: nel qual caso il deposito si cambia in mutuo dal momento che il depositario si vale della ricevuta facoltà (3).

c) Il terzo caso infine è quello in cui il depositario ha semplicemente ricevuto il danaro *ut tantundem redderet*. Egli è vero che con ciò il depositario acquista tacitamente la facoltà di servirsi del danaro, ma nondimeno il deposito non si trasforma in mutuo, e serba la propria sua natura: il che lo ha fatto chiamare *depositum irregulare* (4).

2. Quando il deposito non si trasforma in altro contratto, il depositario è sol tenuto del dolo e della colpa grave: ma il dolo qui porta infamia (5).

3. Il depositario è obbligato a render la cosa al padrone sittostochè la raddomandi, o a chi da quello è indicato (6). Pertanto, nessuna convenzione non può restrignere la facoltà che il deponente ha di ridomandar la cosa sempre che gli piace (7).

4. La esecuzione di tutte queste obligazioni è garantita dall' azion diretta di deposito (*actio depositi directa*), data al deponente contro al depositario (8).

§. 442. 2. *Obligazioni del depositatore.*

Il deponente, dal canto suo, è obligato a far che il depositario non riceva alcun danno, e perciò egli è tenuto:

1. Alla *diligentia*, perchè tutti i vantaggi del contratto sono per lui (9).
2. A rimborsare al depositario tutte le spese da lui fatte per la conservazion della cosa, ovvero occorse per potergliela restituire (10).
3. Per esecuzione delle quali obligazioni, il depositario può trarlo in giudizio mediante l' azion contraria di deposito (*actio depositi contraria*) (11).

§. 443. C. *Del sequestro.*

Il sequestro è una specie particolare del deposito: esso consiste nel deposito e talvolta nell' amministrazion di una cosa, o perchè litigata, o per qualunque altra cagione, acciò sia restituita a colui al quale il giudice l' attribuisca, ovvero a colui del quale ell' è, quando il motivo del sequestro venga meno (12). Generalmente il sequestro non può esser posto se non col

(1) Fr. 1, § 9, XVI, 3. — fr. 76, pr. XLVII, 2.

(2) Fr. 9, § 9, XII, 1. — fr. 34, pr. XVII, 1.

(3) Fr. 1, § 34, XVI, 3. — fr. 10, XII, 1.

(4) Fr. 25, § 1, XVI, 3. — fr. 31, XIX, 2. — Jesnizer, *Quæstio andetur depositum irregulare*. Lips. 1775.

(5) § 3, J. III, 15. — fr. 1, § 8, 10, 47; fr. 31, XVI, 3. — fr. 1, III, 2.

(6) Fr. 26, pr. XVI, 3. — const. 8, III, 42.

(7) Fr. 1, § 45, 46, XVI, 3. — const. 11, pr. IV, 34.

(8) § 3, J. ibid.

(9) Fr. 5, § 2, in fine, XIII, 6.

(10) Fr. 12, pr.; fr. 23, XVI, 3.

(11) Fr. 5, pr. XVI, 3.

(12) Fr. 110, L, 16. — fr. 5, § 1; fr. 6; fr. 17, pr. XVI, 3. — fr. 9, § 3, IV, 3. — Cod. IV, 4. La cosa può esser tanto mobile, quanto immobile. Ordinariamente il sequestro occorre nelle cose soggette a litigio, ma può pur farsi di quelle che tali non sieno; per esempio nel caso di una dote, la quale il marito cominci a sciupare: fr. 22, § 8, XXIV, 3. — Anche le persone possono esser sottoposte ad un

consentimento del possessor della cosa (*sequestrum voluntarium*) (1); ma in taluni casi eccettuati e per alcuni particolari motivi può pure il giudice ordinarlo contro la volontà del possessore (*sequestrum necessarium*) (2). Molto spesso il sequestro si trasmuta in un altro contratto; soprattutto allorchè dassi a colui che riceve la cosa in sequestro, eziandio l' amministrazione ovvero l' uso di quella. L' azione procedente dal sequestro si fonda egualmente sopra cotal distinzione: perciocchè, quando il sequestro è un verace deposito, egli ingenera l' azion di deposito col nome di *sequestraria*; quando invece prende la forma di locazione o di mandato, egli produce l' azione *locati vel conducti* ovvero quella *mandati sequestraria* (3).

§. 444. IV. *Del contratto di pegno.*
A. *Obligazioni del creditore con pegno.*

Il contratto di pegno (*pignus, contractus pigneratitius*) si fa con dare una cosa al creditore per sicurtà di suo credito (4). Il creditore, ricevendo il pegno, si obliga:

1. A restituirlo tostochè cessi il suo dritto di pegno.

2. A guarentir la propria *diligentia* e la *custodia* (5); e servendosi del pegno, il che può solo in quanto gliene sia concessa facoltà, a rifare anco il danno fortuito (6).

3. La esecuzion di queste obligazioni può esser dimandata dal debitore mediante l' azione *pigneratitia directa* (7); ma il suo dritto di azione principia sol dappoi ch' egli abbia estinto il debito assicurato dal pegno. Quindi, la prescrizione di siffatta azione non corre, se non dal momento che il creditore è soddisfatto (8).

§. 445. *Obligazioni del debitore.*

Il debitore per opposto è obligato di francare il creditore da qualunque perdita:

1. Pertanto, deve a quello restituir le spese fatte per conservamento della cosa, e per miglioramenti essenziali e non superflui di quella (9).

2. È tenuto del dolo e della colpa (10): ondechè s' egli dà per pegno cosa non sua nè lecitamente da lui ritenuta, questo atto frandolento l' obliga di riparare al creditore tutto il danno cagionatogli (11).

particolare invigilamento, per esempio: fr. 1, § 10, XXIV, 4. — fr. 3, § 4-6, XLIII, 30.

(1) A cagion della const. un. IV, 4.

(2) Per es: fr. 21, § 3, XLIV, 1. — fr. 7, § 2, II, 8.—const. 3 in fine, VII, 18.— fr. 22, § 8, XXIV, 3.

(3) Fr. 12, § 2, XVI, 3. — fr. 9, § 3, IV, 3.

(4) § 4, J. III, 15.—Dig. XIII, 7.—Cod. IV.—Donean, *Comm.* XV, 49. — Gluck, *Comm.* XIV, 861-75.

(5) Fr. 13, § 1, XIII, 7.—§ 4, J. ibid.— const. 19, VIII, 14. — const. 5, 6, 8, IV, 24.

(6) § 6, J. IV, 1.—fr. 11, § 1, XX, 1.— fr. 8, XX, 2.

(7) *V.* la prima nota al presente §. — Schlichtkrull, *An actio pign. directa contar tertium poss. institui queat.* Gryph. 1777.—Brack, *Diss. de act. pign. contra tertium possessorem etc.* Giess. 1786. — Fresenius, *Diss. de pign. act. adversus tertium etc. non competente.* Heidelb. 1818.

(8) Fr. 9, § 3, 5, XIII, 7. — const. 10, 12, IV, 24. —Voigt, *Comm. de præscriptione act. pign.* Lips. 1794. — Mousson, *Diss. de præscript. etc.* Tubing. 1796.

(9) Fr. 8, pr. XIII, 7. —fr. 25, ibid. — const. 7, IV, 24.

(10) Arg. § 4, J. III, 15: «—quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris et creditoris.»—fr. 1, § 2; fr. 31, 36, XIII, 7. Eccetto quando egli impegni la cosa per un terzo; nel qual caso non di altro è tenuto che del dolo e della colpa grave: arg. § 4, J. cit.— fr. 5, § 2, XIII, 6.

(11) Fr. 9, pr.; fr. 16, § 1; fr. 32; fr. 36 § 1, XIII, 7.

3. Finalmente, l' azione competente al creditore per ottener l' eseguimento di tali obligazioni, dicesi *actio pigneratitia contraria* (1).

B. DE' CONTRATTI INNOMINATI.

§. 446. I. *Nozione de' contratti innominati.*

Oltre a' contratti fin qui discorsi, ne' quali l' obligazione si contrae con la cosa *(re)*, molti altri ne sono i quali egualmente con la cosa si contraggono, ma che nel romano diritto non hanno alcun nome lor proprio, nè una particolare azione producono, ma solamente un' azione *praescriptis verbis*. Oggidì son chiamati *contratti innominati* (2).

Essi tendono soltanto ad ottenere una determinata prestazione in ricambio di ciò che altri abbia egli stesso prestato; e posson ridursi alla general formula: *presto ut praestes*; ovvero con Paolo farsene le quattro seguenti: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias* (3). Ciascuna di queste formole può ricever modificazioni diversissime, ed aver similmente per causa che tale o tal altra cosa non si faccia (4). In tutti cosiffatti contratti, l' obligazione e l' azione non nascono se non quando una delle due parti ha già *dato* ovvero *fatto* (5).

§. 447. II. *Della natura de' contratti innominati.*

Una particolarità del dritto romano, meritevole di speziale attenzione, è che i contratti innominati, fatti mediante la dazione di una cosa, ammettevano di ragione un *jus poenitendi*; vale a dire che chi avea dato alcuna cosa ad un altro con obligo per costui di contraccambiarlo con altra, avea la scelta, finattantochè l' altro non avesse adempiuta sua parte, o di astringerlo ad eseguire mediante un' azione *praescriptis verbis*, o di partirsi dal contratto. La elezion della seconda via davagli il dritto di ridomandar quello ch' egli avea dato, mediante la *condictio causa data causa non secuta*, ovvero siccome eziandio si chiama, *condictio ob causam datorum*; il qual nome le viene dall' essere esercitata da colui che ha dato alcuna cosa con una intenzione, la quale dall' altra parte non è punto adempiuta (6).

§. 448. III. *Delle specie di contratti innominati.*
A. Della *permuta.*

Infra' contratti innominati, bisogna particolarmente notare i seguenti:

Il *contratto di permuta*, nel quale dassi una cosa in cambio di un' altra (7). Esso ha grandissima analogia col contratto di vendita, e gli stessi

(1) Fr. 8, pr. XIII, 7.

(2) Dig. XIX, 5.—Cod. IV, 64.—Gluck, *Comm.* XVIII, § 1075.—Gans, *Delle obl. in dritto rom. particolarmente de' contratti innominati e del* jus pœnitendi. Heidelb. 1819.

(3) Fr. 5, pr. XIX, 5.

(4) Fr. 13, 17, XIX, 5.

(5) Fr. 7, § 2, II, 15. Il che spiega perchè un semplice patto *(pactum nudum)*, sittostochè eseguito dall' una delle parti, era risguardato siccome contratto innominato, e produceva un'azione. Const. 1, V, 14.

(6) Dig. XII, 4.—fr. 3, § 2; fr. 5, pr. § 3, 4, D. ibid.—fr. 5, § 1, 2; fr. 7, XIX, 5.—fr. 1, § 4, XIX, 4.—const. 1, V, 14.—Doneau, *Comm.* XIV, 20-22.—Wæchter, *Doctrina de condictione causa data causa non secuta in contr. innom.* Tubing. 1822.—Bruce, *Ad tit. Pand. de condict. causa etc.* L.-B. 1822.

(7) Dig. XIX, 4.—Cod. IV, 64.—fr. 5, § 1, XIX, 5.—Van Jagen, *Selecta de pactis et contractibus, imprimis autem de permutatione.* Grœning. 1808.—Gluck, *Comm.* XVIII, § 1068-74.

principj gli si avvengono (1). Havvi però divario inquantochè nella permutazione la tradizione conferisce la proprietà, contuttochè colui che riceve la cosa non abbia dal canto suo dato ciò ch' egli aveva promesso (2). E quest' altra differenza vi ha, che nella permutazione ciascuno dee guarentire di esser veramente proprietario della cosa, e che ciascuno fa l' altro effettivamente proprietario; dovechè nella vendita, quando il venditore non abbia scientemente venduta la cosa altrui, non è tenuto se non dal momento che il compratore soggiace ad evizione della cosa comprata (3).

§. 449. B. *Del contratto di estimazione.*

Il contratto di estimazione (*contractus aestimatorius*) è quando si dà qualche cosa a taluno per venderla, a condizione ch' egli consegni il prezzo stabilito o pur la cosa medesima (4). Il rivenditore non diventa proprietario della cosa, ma pur ne sopporta i rischi, sia ch' egli abbia promesso di consegnare il prezzo determinato, o che abbia pregato il padron della cosa di dargliela per rivenderla (5) (6). Per altro egli non è tenuto se non del dolo e della colpa (7). L' azione *praescriptis verbis*, data per la esecuzion di questo contratto, porta l' aggiunto di *aestimatoria* ovvero *de aestimato* (8).

§. 450. C. *Del contratto di suffragio.*

Il *contractus suffragii* si fa con dare alcuna cosa ad un cortigiano, perch' egli interceda appo il principe. Questo contratto è permesso, purchè l' ufficio di colui che riceve non l' obblighi per se stesso ad adoperarsi a pro dell' altro, e che non si tratti della nomina ad un pubblico impiego (9).

III. Verborum obligatio.
§. 451. *Della stipulazione.*

L' obligazione verbale (*verborum obligatio*) la qual si formava usando talune solenni parole (*solemnibus verbis, obligatio verbis contrahitur*) era nell' antico dritto romano di tre specie; la *dictio dotis*, la *promissio operarum jurata a liberto facta* (10), e la *stipulatio* generale (11). Ma le due prime specie non erano più in uso al tempo di Giustiniano; e ne' suoi libri di dritto non d' altro più si ragiona che della stipulazione.

La stipulazione è una convenzione la qual si forma con una interrogazio-

(1) Const. 1, 2, IV, 64.

(2) Const. 4, ibid.

(3) Fr. 1, pr. § 1, 3, XIX, 4. — fr. 5, § 2, XIX, 5.—Const. 1, IV, 64.—const. 29, VIII, 45.

(4) Dig. XIX, 3.—Gluck, *Comm.* XVIII § 1065-67.

(5) Fr. 5, § 3, XIII, 6. — fr. 1, § 1, XIX, 3.

(6) Perchè se il padron della cosa avess'egli richiesto un altro di rivenderla, i rischi erano suoi: fr. 17, § 1, XIX, 5. *(Trad.)*

(7) Fr. 17, § 1, XIX, 3.

(8) Fr. 1, pr. ibid.

(9) Const. un. IV, 3. — Nov. 8, c. 1. — Nov. 161, c. 2.

(10) Dig. XXXIII, 1.—Cod. VI, 3.

(11) Caio, III, § 92-127.— Inst. III, 16, 20.—Dig. XLV, 1.—Cod. VIII, 38 e 39.— Doneau, *Comm.* XII, 15, 18.—Goddæus, *Comm. de contrahenda et committenda stipulatione.* Herbon. 1609.—Muhlenbruch, *Comm. histor. jurid. de vera origine, genuina vi ac indole stipulationis.* Manhem. 1805.—Van der Heim, *Diss. de contr. et committ. stipulatione.* L.-B. 1813.—Maciejowski, *Excurs. ad Virg. Æn. X, 74. Inest disquisitio de origine stipulationis.* Vers. 1827.—Holtius, *Lin. hist. jur. rom.* p. 294, dice: « Verborum obligationes id ex sua efficacitate emiserunt, quod plerumque scribi solent, et cum scriptæ sunt, facile factæ esse creduntur.»

ne a bocca circa la prestazione di una cosa o di un fatto determinato, e con una risposta egualmente a bocca ed affermativamente fatta subito dopo la domanda ed a questa corrispondente (1).

Siffatte stipulazioni erano tanto più frequenti e più importanti appo i Romani, quanto che ogni semplice promessa non partoriva un'azione se non quando essa era rivestita delle forme della stipulazione (§ 399).

La stipulazione produceva l'azione *ex stipulatu*, e quando ciò che dovea darsi era determinato in quanto alla somma o in quanto alla sua spezie, producea la *condictio certi* (2).

IV. *Literarum obligatio.*

§. 452. I. *Nozione della obligazione in iscritto.*

Come l'obligazione a voce fondavasi sopra una solennità di parole, così quella per iscrittura sopra una forma scritta (*contrahitur* literis *obligatio*). Nel vecchio diritto appartenevano alle obligazioni scritte il *nomina facere e transcribere* ne' registri domestici, e la *syngrapha* (3) (4). Ma le antiche obligazioni in iscritto, non più usate sotto Giustiniano, avean ceduto il luogo a quelle del nuovo diritto, affatto differenti, e regolate come segue. La semplice consegnazion di un chirografo (*cautio s. chirographum*) non costituisce di per sè stessa una obligazione; ma richiedesi eziandio che l'obbietto della obligazione sia stato dato (*numeratio s. datio*). Può dunque l'azione intentata dal creditore per effetto del suo chirografo esser ribattuta con la eccezione di non avere il reo ricevuto quello di ch'egli s'è riconosciuto debitore. Nientedimeno, quando il dator del chirografo, il qual non abbia ricevuto quello ond'egli s'è chiamato debitore, lascia per un certo spazio tale scrittura in mano di cui l'ha data, il solo chirografo ingenera dopo quel tempo una obligazione, per essere il silenzio del debitore risguardato siccome una tacita confessione della seguita numerazione; e da quel punto egli è obligato di pagare, non per aver ricevuto, ma perciò ch'ei s'è riconosciuto debitore per iscritto. Tal si è la *obligatio literarum* del dritto di Giustiniano, e l'azione da essa procedente chiamasi *condictio ex chirographo* (5). Ma il nome di *contratto letterale* o di *contratto chirografario* (*contractus chirographarius*) che i moderni le han dato, è al tutto improprio.

(1) Pr. § 1, J. III, 16.—fr. 1, § 7, XLIV, 7.—fr. 1, pr. XLV, 1.—const. 10, VIII, 38.

(2) Pr. J. III 16.—fr. 74, XLV, 1.—fr. 9, 24, XII, 1.

(3) Della obligazione di lettere del *dritto vecchio*, vedi Cicer. *pro Roscio*, c. 1-5; *pro Cluent.* c. 14, 30; *de Offic.* 3, 14, *ad Atticum*, c. 4, 18; *in Verrem*, 2. 1, c. 36; e soprattutto, Asconio Pediano sopra questi luoghi. – Caio, III, 128.-134. Teofilo, sulle Inst. III, 22. — Idsinga, *Disp. de mutuo et veteri liter. obl.* Traneq. 1736. — Hanlo, *Diss. de nominum oblig.* Amst. 1825. — Wunderlich, *Diss. de antiqua liter. oblig.* Gœtt. 1832.— Endemann, *Pr. de chirographo et exceptione non numeratae pecun.* Marb. 1832, p. 1-7.

(4) Il creditore *faciebat nomen*, scrivendo nella sua entrata ed uscita il nome di colui, al quale dava danari in presto. Questo facevasi presente il debitore, il quale anch'esso registrava nel suo libro quel che doveva. E questi libri presentati in giudizio, facean fede del debito. Quanto alle *singrafe*, esse erano scritture sottoscritte da tutt'e due le parti, *cautiones utriusque contrahentis manu subscriptæ*; siccome la stessa greca origine del vocabolo dichiara.

(*Il Trad.*)

(5) Della obligazion per lettere in *dritto nuovo*, vedi Inst. III, 22. — Cod. IV, 30. — Doneau, *Comm. ad tit. Cod. IV, 30*— Gluck, *Comm.* XII, § 786-88. — Maier, *De vera except. non numeratæ pec. indole.* Wirceb. 1807.

§. 453. II. *De' casi in cui la obligazione per iscritto interviene.* A. *Nel caso del mutuo.*

La obligazione in iscritto, qual ella è nel nuovo diritto, occorre in fatto di mutuazione. Chi mediante chirografo riconosce dovere ad una persona una determinata somma da questa prestatagli, non può per ispazio di due anni esser richiesto per virtù del chirografo: onderhè quando, durante il detto spazio, il lator del chirografo intenta l'azione *mutui*, egli è respinto con la eccezione *non numeratae pecuniae;* e stantechè siffatta eccezione non altro è in effetto che una *litis contestatio* negativa, il creditore dovrà con altri mezzi provare ch'egli ha realmente numerato il contante (1). Similmente, il dator del chirografo, s'egli non ha ricevuto il danaro, nè sottoscritto *donandi animo*, potrà per due anni ridomandar la scrittura, intentando la *condictio sine causa* (2). Ma trascorsi i due anni, che pel minore principiano dal primo momento della maggiore età, il sottoscrittore è tenuto a pagare, abbia o pur no realmente ricevuto il danaro. Il chirografo allora è divenuto obligatorio per lui, e la causa della obligazione non è perch'egli ha ricevuto, ma perciocch'egli ha riconosciuto di aver dal posseditore del chirografo ricevuta la somma in questo dichiarata: *non* re, *sed* literis *obligatur*. E giacchè, passati due anni, s'è detto non importar che egli abbia o no ricevuto, è chiaro che non può piu essere ammesso a provare che realmente egli non ha nulla ricevuto (3).

§. 454. B. *Nel caso della dote.*

Somigliante obligazion di scrittura occorre nel caso, in cui siasi una dote promessa, ma non data *(dos cauta sed non numerata)*. Infatti, quando uno sposo riconosce o in uno instrumento nuziale *(in instrumentis dotalibus)*, ovvero in un chirografo, di aver ricevuto una dote che non gli è stata punto numerata, egli può, e così pure il suo erede, ribatter l'azione per restituzion della dote, mediante la eccezione *dotis cautae sed non numeratae:* il qual dritto egli ha durante un anno dopo sciolto il matrimonio, se questo è durato men di due anni; e per tre mesi, se il matrimonio è durato più di due anni, ma meno di dieci. Egli può parimenti, durante il medesimo spazio di tempo, ridomandar giudicialmente il proprio chirografo. Trascorsi i detti termini, come pur se il matrimonio fosse durato oltre a' dieci anni, il marito nè il suo erede non son più ammessi a intentar la *querela* o ad opporre la eccezione *dotis cautae sed non numeratae:* il sottoscrittore è obligato a restituir la dote ch'egli ha riconosciuto di aver ricevuta, quando anche vero non fosse *(literis obligatur)*. Se nel con-

(1) Const. 3, 4, 13. C. IV, 30. — Auth. *Contra*, ibid. — Auth. *Si quis vult*, C. VIII, 18. La quistione, se la eccezione *non numeratæ pecuniæ* sia solamente contro le ricognizioni sottoscritte in materia di *mutuo*, o s'ella s'applichi pure, com'eccezione *non datæ rei*, a ricognizioni relative ad altri *contratti reali*, è molto disputata. Secondo la const. 14, pr. IV, 30, par nondimeno ch'ella sia ammessibile, come eccezione *non datæ rei*, rispetto ad altri contratti reali, eccettochè per le ricognizioni di deposito. Const. 14, § 1, ibid.

(2) Const. 7, 14, § 4, IV, 30. — const. 4, IV, 9. — Sonovi mezzi per perpetuare la eccezione *non numeratæ pecuniæ*.

(3) Inst. III, 22, in fine. — const. 8, 14, pr. IV 30. — Molti autori dissentono, massime Unterholzner. Ma la cit. const. 14, pr. dice espressamente: « — sed intra solum biennium continuum, ut eo elapso *nullo modo* querela non numeratæ pecuniæ introduci possit. » — *V.* la Nov. 100, c. 1.

trar matrimonio egli era ancor minore, la legge gli dà dodici anni per richiamarsi della non ricevuta dote: e caso ch' egli entro tal tempo morisse, l'erede suo maggiore ha ancora un anno, ed il minore cinque dopo lo scioglimento del matrimonio, per intentar la *querela* ovvero oppor la eccezione *non numeratae pecuniae*. Trascorso tal termine, egli è obligato a restituir la dote promessagli (1).

TITOLO II.

DE' PATTI (2).

§. 455. *Nozione e specificazion de' patti in generale.*

I patti *(pacta)* erano appo i Romani talune convenzioni le quali producevano una obligazion naturale ed una eccezione, ma non mai un' azione *(quae non habent causam civilem)* (3).

Ma in processo di tempo fu data a parecchi patti la forza medesima che alle civili obligazioni; e quindi in poi si distinsero i patti in *pacta nuda*, i quali non altro produceano che una eccezione, e *pacta non nuda s. vestita*, i quali davano un'azione. D'altra parte, il dritto civile vietò talune convenzioni, e tolse loro ogni effetto; nè solamente non poteano esse fornire una eccezione, ma si poteva altresì, mediante la *condictio indebiti*, raddomandar quello che si fosse già pagato (§ 478 — 80). A' patti producenti un' azione e de' quali noi qui tratteremo, appartengono i *pacta adjecta*, i *pacta legittima*, ed i *pacta praetoria*.

I. *Pacta adjecta.*

§. 456. I. *Nozione.*

Pacta adjecta erano nel roman dritto quelli aggiunti a' contratti di buona fede *(contractus bonae fidei)* nello stante medesimo della contrattazione: ondechè facevano essi parte del contratto, e la loro esecuzione poteva esser procurata con l'azione prodotta dallo stesso contratto (4). Ordinariamente servono siffatte convenzioni accessorie a temperar le conseguenze che deriverebbono dalla natura legale del contratto *(detrahitur contractui)*; spesso pure a regolar taluni effetti non proprii della stessa legal natura del contratto *(adjicitur contractui)* (5). Quindi la regola: *pacta dant legem contractui.*

§. 457. *Delle spezie de' patti aggiunti a' contratti.*

Tra le convenzioni accessorie, le quali apportano de' cambiamenti e delle modificazioni a' contratti, si novera:

(1) La Nov. 100 deroga alla Const. 3, V, 15, secondo la quale il richiamo o la eccezione della dote promessa ma non data era, in tutti i casi, ammessibile ancora un anno dopo disciolto il matrimonio: il che vedesi chiaro per la Nov. 100, pref. comp. col cap. 1: « — *nec annum dantes.* » — Gluck, *Comm.* XXV, § 1239. — Altri pretendono che la Nov. 100 non d'altro parli che della *querela dotis etc.*; la citata Const. non d'altro che della *exceptio.*

(2) Dig. II, 14. — Cod. II, 3.

(3) Fr. 7, § 4, II, 14. — « Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. » — *V.* fr. 41, ibid. — § 3, 9, J. IV, 13. — fr. 13, 19, pr. XII, 6. — const. 5, IV, 31. — const. 10, II, 3. *V.* sopra, §§ 368, 399.

(4) Fr. 7, § 5, II, 14. — const. 10, 13, II, 3. — const. 2, IV, 54.

(5) Fr. 7, § 5, ibid. — fr. 72, pr. XVIII, 1.

1. Il *pactum promitiseos*, col quale il venditor di una cosa si riserba il dritto di esser preferito a qualunque altro, caso che il compratore rivendesse la cosa. Ma per potere esercitar siffatto dritto, deve il venditore offerir lo stesso prezzo e le condizioni stesse che il terzo (1).

2. Il *pactum de retrovendendo*, col quale il venditor di una cosa si riserba, trascorso o pur durante un certo tempo, il dritto di ricomperarla (2).

3. La *in diem addictio*, quando si patteggia che la vendita sarà come non fatta se durante un determinato tempo si presenta un comprator più vantaggioso, o che non sarà valida se non quando in un dato spazio di tempo non si presenti un più vantaggioso compratore (3).

4. Il *pactum reservati dominii* ovvero *reservatae hypothecae*, col quale il venditore, creditor del prezzo di vendita, si riserba la proprietà della cosa venduta infino al pagamento, o si fa dare una ipoteca in sulla cosa, per sicurtà del prezzo (4).

5. Il *pactum de non praestanda evictione*, con cui si libera il venditore dalla obligazione di guarentir dalla evizione (5).

6. Il *pactum commissorium* ovvero *lex commissoria*, con cui si conviene che l'un contraente sia liberato della sua obligazione, se l'altro non adempie la sua nel tempo statuito (6). Questa convenzione può accompagnar tutti i contratti, salvo quello di pegno, nel quale è vietata (§ 351).

7. Il *pactum displicentiae*, con cui l'un o l'altro contraente, o pur tutti e due si riserbano pel durar di un certo tempo il dritto di partirsi dal contratto (7).

8. L'*antichresis*, la quale occorre nel contratto di pegno, ed è già stata da noi trattata nel § 350.

9. Il *pactum de non alienando*, il qual divieta all'acquistator di una cosa di alienarla a pro di una determinata persona (8).

II. *Pacta legittima.*

§. 458. *Nozione de' patti legittimi.*

I patti legittimi erano talune convenzioni alle quali, per eccezione, il dritto civile degli imperatori concedette un'azione (9). Oltre a molte altre convenzioni (10), si annoverano tra' patti legittimi il patto di donazione (*pactum donationis*), e la promessa di una dote, fatta con semplice patto.

(1) Fr. 75, ibid. — fr. 21, § 5, XIX, 1. V'ha di quelli a'quali siffatta ragion di ricatto appartiene di pieno dritto, verbigrazia il padrone della enfiteusi (*dominus emphyteuseos*): const. 3, IV, 66. — In generale: OEltze, *De quaest. an in venditione gratiosa jus promitiseos locum habeat?* Jenæ, 1767. — Madihn, *De jure promitiseos ejusque a retractu discrimine.* Halæ, 1758.

(2) Fr. 12, XIX, 5. — const. 2, IV, 54.

(3) Dig. XVIII, 2. — Doneau, *Comm.* XVI, 18. — Gluck, *Comm.* XVI, § 1001-5. Behrens, *Comm. de periculo et commodo rei sub lege addictionis in diem venditæ.* Kil. 1793. — Musset, *Observat. conventionibus ad conditionem initæ.* Wetzlar, 1813, cap. 1-3.

(4) Gœssel, *De vi reservati dominii.* Colon. 1793. — Fetzer, *De jure separationis, quod orto concursu venditori in re vendita competit.* Tubing. 1799.

(5) Fr. 11, § 18, XIX, 1.

(6) Dig. XVIII, 3. — Cod. VIII, 35. — Doneau, *Comm.* XVI, 19. — Madihn, *De effectu legis commissoriæ parte pretii soluta.* Halæ, 1755. — Wilkens, *De lege comm. emtionis vend.* Gœtt. 1786. — Gluck, *Comm.* XVI, § 1006-12.

(7) Fr. 3, XVIII, 1. — Bach, *De mulcta pœnitentiali in emt. vend.* Lips. 1756.

(8) Fr. 75, XVIII, 1. — fr. 21, § 5, XIX, 1. — fr. 135, § 3, XLV, 1. — const. 3, IV, 6. — Carrard, *Diss. de pacto de non alienando.* Tubing. 1789.

(9) Fr. 6, II, 14. « *Legitima* conventio est, quæ lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quotiens Lege vel Scto adjuvatur. » Qui non trattasi punto de'patti legittimi, l'effetto de' quali era di estinguere una obligazione di pieno diritto.

(10) Per es: il compromesso. *V.* più sotto, il § 470.

§. 459. 1. *Della donazione.*
A. *Nozione e specificazione.*

La donazione (*donatio*) è un atto di liberalità, epperò non forzato, con cui taluno trasferisce la proprietà di una cosa ad un altro, il quale l'accetti (1). *Est liberalitas, nullo jure cogente, in accipientem facta.* Le persone intervegnenti nella donazione sono: il donatore (*donans, donator*), e 'l donatario (*donatarius*).

La donazione si divide in donazion tra vivi (*donatio inter vivos*) e donazione a causa di morte (*donatio mortis causa*), secondo ch'ella è immediatamente irrevocabile, o che tal non diventa se non dopo la morte del donatore o di un terzo (2). Noi qui ragioneremo solamente della donazione tra vivi; di quella per morte si vedrà nel quarto libro.

§. 460. B. *Della donazione tra vivi* (3).
1. *Chi far possa e chi accettare una donazione tra vivi.*

La donazion tra vivi può farsi da tutti coloro i quali hanno la libera disposizione della lor facoltà; e chiunque può generalmente acquistare, può parimente per donazione tra vivi. Ma le due persone non ponno esser tali, che in dritto figurino per una sola; come per esempio il padre ed il figliuol di famiglia (4).

§. 461. 2. *Quali cose possono esser donate.*

Qualunque cosa procuri un vantaggio al donatario, e che questi sia capace di acquistare, può esser l'obbietto di una donazione (5). Pertanto, si può per donazione trasferire altrui non pur la proprietà (6), ma similmente de' dritti reali (7); si può al donatario ceder de' crediti (8), prosciogliello da un debito (9), e rinunziare a suo vantaggio a dritti acquistati o pur ricevuti sopra parte di una stessa cosa (10).

Anche tuttoquanto il patrimonio suo può l'uomo donare; ma siffatta donazione però non dà nè il donatario acquista diritto, se non sopra i beni che avanzano, dedotti i debiti (11). La donazion di tutti i beni (*donatio omnium bonorum*) non fa mai luogo ad una successione universale; ch'è

(1) § 1, J. II, 7. — fr. 29, pr. XXIX, 5. — fr. 82, L, 17. « Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. » — fr. 38, XVIII, 1.

(2) § 1, 2, J. ibid. — fr. 1, pr. XXXIX, 5. — fr. 30, ibid. 6.

(3) Paolo, *Sent. rec.* V, 11. — Cod. Teod. VIII, 12. — Inst. II, 7. — Dig. XXXIX, 5. — Cod. VIII, 54-56. — Vat. Fragm. § 248-316. — Doneau, *Comm.* V, 2; XIV, 26-32. — De Retes, *De donat.* nel *Thes.* di Meerman, t. 6, p. 553. — Stisser, *Diss. de donat. natura et indole sec. jus rom.* Halæ, 1799. — Klinkhamer, *Comm. de donat. ex Vat. fragm. illustratis.* Amst. 1826. — Jouret, *Diss. de don. inter vivos ex jure rom.* Lovan. 1827.

(4) Fr. 1, § 1, XLI, 6. — Questa regola soggiace a diverse eccezioni dopo la instituzion de' peculii: const. 4, III, 36. — const. 6, § 2, VI, 61. — fr. 31, § 2, XXIX, 5. — const. 17, pr. VIII, 54. — const. 25, V, 16.

(5) Fr. 9, § 3, XXXIX, 5.

(6) La donazion dello altrui non altro produce che un titolo di usucapione: fr. 2, 3, XLI, 6. — fr. 13, pr. XXXIX, 6.

(7) Fr. 9, pr.; fr. 28, XXXIX, 5.

(8) Fr. 2, § 2; fr. 33, § 3, ibid. — const. 22, IV, 35: « Si autem *per donationem* cessio facta est. » — const. 23, ibid.

(9) Fr. 17; fr. 23, pr. ibid. — fr. 1, II, 15.

(10) Fr. 5, § 13-15, XXIV. 1.

(11) Fr. 72, pr. XXIII, 5. — fr. 39, L, 16.

la ragione perchè il donatario non può mai esser direttamente richiesto pei debiti del donante (1).

§. 462. 3. *Delle specie di donazioni tra vivi.*

La donazione è pura *(donatio pura)* quand'essa ha per solo motivo la liberalità del donatore (2); è onerosa, quando il donatario è dal canto suo tenuto ad una prestazione *(donatio non mera)*; è rimuneratoria *(donatio remuneratoria)* quando fatta in mercè di servigi o di benefizi ricevuti (3); da ultimo, quella fatta con carico di raggiungere uno scopo, è una donazione *sub modo* (4). Onde si vede com'ella sovente sia un atto bilaterale.

§. 463. 4. *Della forma della donazione.*

1. Giusta il vecchio diritto, il semplice patto di donazione non partoriva alcuna azione. La donazion destinata ad aver valore ed effetti, doveva esser fatta in forma di stipulazione, o aver già ricevuta esecuzione. La legge Cincia (an. 550) vietava altresì di donare oltre a certi valsenti; salvochè a' congiunti più stretti (5).

2. Dipoi, le costituzioni imperiali subordinarono la validità delle donazioni a diverse formalità; quando era richiesta una scrittura, quando de' testimoni, quando la insinuazione, cioè a dire trascrizione ne' pubblici atti: ma questo dritto ricevette frequenti mutazioni (6).

3. Da ultimo, Giustiniano ordinò che il semplice patto di donazione producesse un'azione, e che la insinuazione non si richiedesse se non quando la donazione passasse 500 soldi *(solidi)* (7).

La donazione non trascritta è nulla per tutto il soprappiù, e questo può, caso che la donazione sia già stata eseguita, esser ridomandato con la *condictio indebiti* (8). Sonovi nonpertanto alcune donazioni le quali fanno senza della detta insinuazione, contuttochè sorpassino quel valsente. Tali particolarmente sono le donazioni fatte a fin di riscattar de' prigioni, o di riedificar delle case rovinate (9); tali quelle che facea l'imperatore o l'imperatri-

(1) Leyser, *Spec.* 494, med. 2, risguarda in tal caso il donatario come successore universale, ma vedi Kind, *Quæst. for.* t. 2, c. 63 (2. ed.).

(2) Fr. 1, pr.; fr. 29, pr. XXXIX, 5.

(3) Fr. 27; fr. 34, § 1, ibid.—fr. 6, pr. fr. 7, XVII, 1.—fr. 12, § 2, 3, XXVI, 7. — fr. 25, § 11, V, 3. —Schildener, *De differentiis inter donat. simplicem et remuneratoriam spuriis.* Jenæ, 1798.

(4) Const. 9, 22, VIII, 54. —const. 8, IV, 64. — const. 1, VIII, 55, const. 2, 6, IV, 6. — Bergmann, *De natura donationum sub modo.* Gœtt. 1808.

(5) Dell'antico dritto, massime della legge Cincia, *v. Fragm. Vatic.* § 262, 302-11. — Brummer, *Comm. ad L. Cinciam.* Parigi, 1666. — Rudorff, *Diss. de L. Cincia.* Berol. 1825.—Vander Burgh, *Comm. de donat.* Amst. 1826. — Serverans, *Diss. ad L. Cinciam.* Gandavi, 1829.

(6) Del *dritto nuovo*, v. *Fragm. Vat.* x 249. — Const. 1, C. Th. III, 5. — const. 1, eod. VIII, 12. — const. 25-33, VIII, 54. — Einert, *Diss. de donat. immodica coram competente judice insinuanda.* Lips. 1805.

(7) Intendi soldi di oro, essendo i *solidi* il medesimo che gli *aurei* altrove mentovati. E secondo il computo da me fatto già in altro lavoro, cinquecento soldi o monete di oro del tempo di Giustiniano furono appunto ducati 1874 e carlini due della nostra moneta.

(Trad.)

(8) Di questo dritto di Giustiniano, *v.* § 2, J. II, 7. — const. 34-37, VIII, 54. — Nov. 52, c. 2. — Nov. 162, c. 1. — Circa la donazione di annue entrate oltrepassanti la detta somma, const. 34, § 4, ibid. — La *donazione tra coniugi* sorpassante tal valore, è parimente sottoposta a questa formalità, salvo che il donator non l'abbia confermata con atto di estrema volontà: const. 25, V, 16. — Nov. 127, c. 2,

(9) C. 36, pr. § 2, C. VIII, 54. Il mede-

ce, o che loro eran fatte (1); ancora, le donazioni a causa di morte, valevoli come lasci (2), e la donazion fatta per cagione di nozze *(donatio propter nuptias)* (3): ma le donazioni remuneratorie son soggette alla formalità della insinuazione (4).

§. 464. 5. *Dello effetto della donazion tra vivi.*

Una donazion tra vivi, quando ella non è immediatamente eseguita, ha per effetto di produrre a pro del donatario un'azione per farla eseguire: questa è l'azione *ex stipulatu*, quando la donazione è stata accompagnata da stipulazione; in ogni altro caso, è la *condictio ex lege 35, § ult. C. de donat.* (5). Nondimeno il donatore non può esser condannato a dar più di quanto può *(nisi in quantum facere potest)*, e non dee pagare gli interessi moratorii (6). In generale, egli non è pure obbligato a guarentir dalla evizione, se non quando l'abbia promesso, ovvero quando egli ha scientemente donata la cosa altrui, e cagionato con ciò danno al donatario (7).

§. 465. 6. *Delle cause di rivocazione.*

In generale, la donazion tra vivi è *irrevocabile.* Nondimeno questa regola è soggetta, nelle donazioni pure (8), alle seguenti eccezioni:

A. Quando la donazione eccede quella parte di beni, onde il donator può disporre, e per conseguenza intacca la legittima che talune persone han dritto di domandare al donante *(donatio inofficiosa)* (9). La detta parte disponibile si determina in sulla quantità de' beni del donatore al tempo della donazione. Siffatta donazione inofficiosa può esser rescissa a richiesta di quelli i quali han dritto alla legittima, ma non a petizione dello stesso donatore; e la rescissione non si estende oltre a quanto forma appunto la legittima dell'attore (10).

B. Il donatore medesimo ha dritto di rivocar la donazione ne' casi che seguono:

1. Quando il donatario si fa colpevole d'ingratitudine verso di lui. Tal è quando egli lo ingiuria gravemente con parole, o gli mette le mani addosso, o con sue trame gli cagiona qualche grave perdita, o tenta di farlo morire, o finalmente non adempie le obligazioni impostegli dalla stessa do-

simo non è delle donazioni *ad pias causas* in generale: const. 19. I, 2.

(1) Const. 34, pr. VIII, 54.—Nov. 52, 2.

(2) Const. ult. VIII, 57.

(3) Nov. 119, c. 1. L'omessione della insinuazione non reca pregiudicio alla moglie, ma può recarlo al marito.—Nov. 127, c. 2.

(4) La maggior parte degli autori pensano ch'esse sieno soggette a tale formalità.

(5) § 2, J. II, 7.—const. 35, § ult. VIII, 54. — Nov. 162. c. 1. — Ma il donatario non fa *sua* la cosa donata, se non per la tradizione: const. 20, II, 3. — § 40 in fine, J. II, 1.

(6) Fr. 12; fr. 22; fr. 23, pr. § 3, XXXIX, 5. — fr. 19, § 1; fr. 30, 49, 50, XLII, 1.

(7) Const. 2, VIII, 45. — fr. 18, § 3, XXXIX, 5. — *V.* fr. 62, XXI, 1.

(8) Perchè nessuna di queste cagioni è bastante per far rivocare le donazioni remuneratorie: fr. 25, § 11, V, 3. — fr. 27; fr. 34, § 1, XXXIX, 5. — fr. 54, § 1, XLVII, 2.

(9) Fr. 87, § 3, 4, XXXI. — Cod. Theod. II, 20. — Cod. Just. III, 29. — Nov. 92. — Cuiacio, *Paratitla in tit. C. de inoff. don. Observ.* V, 14. *Expos. Nov.* ad Nov. 92. — Doneau, *Comm.* XIX, 11. — Schorcht, *Diss. de don. inoff. pro parte legitimæ rescindenda.* Jenæ, 1797. — Gluck, *Comm.* VII, § 550. — Hille, *Diss. de immodicarum donat. querela.* Marb. 1828.

(10) Fino a che somma l'attore abbia dritto di procedere, è stato maisempre controverso. In ogni caso, la *querela inofficiosæ donationis* non può essere intentata, se non dopo la morte del donante.

nazione (1). in tutti tali casi il solo donatore, e non pure il suo erede, ha il dritto di rivocar la donazione (2); ma la legge non gli dà per farsi restituir le cose donate se non un'azione reale, senza ch'ei possa neppure ridomandare i frutti raccolti (3).

2. il donatore può similmente rivocar la donazione di tutti i suoi beni o di una considerevol parte di quelli, allorchè avendola fatta in tempo che non avea figliuoli, gliene sopravvengan dappoi (4).

§. 466. II. *Del patto* de dote constituenda.

L'antico dritto romano non dava un'azione per domandar la costituzione di una dote promessa, se non quando la promessa era fatta per via di stipulazione ovvero di *dictio dotis*. Ma pel nuovo diritto, il semplice patto *de dote constituenda* ed anco la *pollicitatio dotis* producevano un'azione (5).

III. *Pacta praetoria*.

§. 467. A. *Del constituto*.

I patti pretorii (*pacta praetoria*) sono alcune convenzioni alle quali il pretore, nel suo editto, attribuiva un' azione (6). A tali patti appartiene il constituto (*constitutum debiti s. pecuniae*), ch'è una convenzione con cui taluno assegnava ad un creditore un certo giorno o tempo, nel quale promettea di pagarlo, *diem solvendae pecuniae constituebat*; una specie di obligazione accessoria, non per altro aggiunta alla primitiva, che per rafforzarla (7). Se il debito è stato fatto da quel medesimo che promette, la convenzione ha nome di *constitutum pecuniae propriae*; se poi da un altro, chiamasi *constitutum pecuniae alienae* (8). La prima avea presso i Romani particolarmente questo vantaggio, che tal promessa la quale dapprima non dava azione alcuna, poteva allora esser domandata *ex constituto*: la seconda era una specie di garentia, della quale ragioneremo nel § 473. L'azione derivante dal constituto si chiama *pecuniae constitutae actio* (9).

§. 468. B. *Del patto di precario* (10).

Il patto di precario (*precarium*) è una convenzione con cui l' una parte

(1) Const. 10, VIII, 56. — Questo dritto di rivocazione per cagion d'ingratitudine è soggetto a talune restrizioni. *V.* la const. 7, Ibid.

(2) Il donatore può rivocare per ingratitudine non solo contro il donatario medesimo, ma parimenti contro gli eredi di questo.

(3) Vinnio, *Sel. quaest.* II, 5. Questa è la ragione perchè i *jura in re* concessi ad un terzo, similmente cessano.

(4) Almeno così la giurisprudenza spiega la const. 8, ibid., benchè realmente questa costituzione non altro stabilisca che un dritto particolare pel patrono il quale ha fatto una donazione al suo liberto. — Giphanius, *Explanatio legum Codicis*. Colon. 1615. p. 487. — Cremers, *De revocandis donat. inter vivos propter liberos supervenientes*. Grœning. 1817.

(5) Const. 3, 4, C. Theod. III, 12. — const. 6, V, 11. — const. 25, IV, 29 — *V.* più giù, della forma della costituzion della dote.

(6) § 1, J. III, 14. — § 3, J. IV, 6. — Il *receptum arbitrii* (§ 471) e'l patto *de jurejurando extrajudiciali* (§ 472) appartengono egualmente a'patti pretorii.

(7) § 8, 9, J. IV, 6. — Dig. XIII, 5. — Cod. IV, 18. — Gluck, *Comm.* XIII, § 489.

(8) Fr. 5, § 2, Ibid. — const. 1, IV, 18.

(9) Paolo, *Sent. rec.* II. 2. — § 8, J. IV, 6.

(10) Paolo, V, 6. — Dig. XLIII, 26. — Cod. VIII, 9. — Doneau, *Comm.* XIV, 34. — Stockmann, *Diss. de precario*. Lips. 1774. — Vogel, *Diss. de prec.* Gœtt. 1786. Bickell, *Diss. de prec.* Marb. 1820. — Gli autori non si accordano punto intorno alla natura del patto di precario. Alcuni il riguardano come un contratto innominato, per cagion dell' azione *præ-*

concede gratuitamente all' altra e per fino a che non gliel ritolga, l'uso di una cosa o l'esercizio di un dritto (1). Colui che riceve la cosa, e che non è tenuto se non del dolo e della colpa grave (2), acquista generalmente con ciò il possesso giuridico della cosa, salvochè non sia stato espressamente convenuto ch' egli non avrebbe altro che la semplice detenzione (3). Colui che dà la cosa, può ridomandarla sempre che voglia, quando bene ei l'avesse conceduta per un tempo determinato (4); e la legge gli dà, caso che gli sia ricusata, l'interdetto *de precario* (§ 267), ovvero un'azione *praescriptis verbis* (5). Il patto di precario convenuto per un determinato tempo è tacitamente prolungato allorchè quel tempo essendo trascorso, la cosa non è ridomandata: ma s' estingue sempre con la morte di chi riceve la cosa, se non è espressamente prolungato (6).

§. 469. *Del* receptum *degli effetti di un viaggiatore* (7).

L' albergatore o il barcaiuolo il qual riceva nel suo albergo o nella sua barca gli effetti appartenenti ad un viaggiatore, o pur li faccia ricevere da persone al suo servigio, contrae con ciò, secondo l'editto del pretore, la stretta obligazione di sottostare a qualunque danno gli effetti potessero sopportar nello albergo o nella barca. Nessuna distinzione si fa se il danno provenga da lui proprio, o da suoi serventi, o anche da terze persone. Egli è tenuto pel furto degli effetti, ma non pel danno accaduto per caso inevitabile, o per deterioramento intrinseco della cosa. L'azione che per tal conto si ha contro di lui, chiamasi *actio in factum de recepto* (8). Oggidì quest' azione egualmente fa per analogia contro a' vetturali, per le cose da lor tolte a trasportare (9).

TITOLO III.

DELLE TRANSAZIONI.

§. 470. A. *Della transazione* (10).

La transazione, nel più ampio senso, è qualunque accomodamento tra due o più persone circa un dritto litigioso tra esse, o almeno incerto, diretto a far cessare il litigio o l'incertezza. In tale ampio senso, la transazione comprende altresì il compromesso ed il patto di giuramento stragiudiziale.

scriptis verbis da esso prodotta (Doneau, *Comm.* XIV; 34; Thibaut, *Pand.* § 898): altri pensano che sia un quasi contratto, pe' fr. 1, § 3, XLIII, 26, e fr. 23, L, 17: Cuiacio, *Ad fr.* 23 *cit.* e Savigny, *Del poss.* § 42, credono che non sia contratto.

(1) Fr. 1, pr.; fr. 2, § 3; fr. 3; fr. 6, § 4, XLIII, 26.

(2) Fr. 8, § 3, ibid.

(3) Fr. 4, § 1, ibid. — fr. 33, § 6, XLI, 3. — fr. 10, pr. § 1, XLI, 2. — Savigny, *loc. cit.* § 25.

(4) Fr. 12, pr. XLIII, 26.

(5) Fr. 1, pr.; fr. 2, § 2, ibid.

(6) Fr. 4, § 4; fr. 12, § 1, ibid.

(7) Dig. IV, 9. — Gluck, *Comm.* VI, 485.

(8) Fr. 3, § 1, 5, ibid. — Adler, *De usu actionis de recepto quoad mores hodiernos*. Lips. 1775. — Rispetto alla questione, se gli albergatori sieno obligati di albergare i viaggiatori, comparate il fr. 1, § 1, ibid. col fr. un. § ult. XLVII, 5, e Kæmmerer, *Observ. jur. civ.* Kostochil, 1827, c. 2.

(9) Già per causa del fr. 25, § 7, XIX, 2. — *V.* fr. 14, § 17, XLVII, 2. — Mackeldey, *Diss. quatenus actio de recepto contra aurigas et curatores mercium seu speditores competat.* Helmst. 1806.

(10) Cod. Theod. II, 9. — Dig. II, 15. — Cod. II, 4. — Doneau, *Comm. ad tit. Cod. de transact.* — Vinnius, *Tract. de transact.* nelle sue *Partition. jur. civ.* Rotterd.

La transazione in senso ristretto *(transactio)* è una convenzione con cui due o più persone diffiniscono un dritto litigioso tra di esse, o almen dubbio ed incerto (1), per modo che ciascuna rinunzi a favor dell'altra ad una parte delle sue pretensioni (2).

1. Quant'è agli effetti della transazione, bisognava in dritto romano esaminar s'ella era stata fatta per via di stipulazione, o pur no. Nel primo caso, era essa pienamente obligatoria, e l'azione *ex stipulatu* ne garentiva l'esecuzione; la quale azione potea similmente adoperarsi per ottener la clausola penale stipulata pel caso che una delle parti contravverrebbe allo accordo. Nel secondo caso, colui che aveva eseguita la convenzione, e per tal modo cangiatala in un contratto innominato (§ 446), poteva proceder contro l'altro per astrignerlo a similmente eseguirla (3), mediante un'azione *praescriptis verbis.* Se poi non eravi stata ne stipulazione, nè esequimento della convenzione dal lato di una delle parti, la transazione, siccome patto ignudo, non produceva azione alcuna, ma soltanto una eccezione (4).

2. L'errore in una transazione si riferisce o al punto litigato o dubbioso, ovvero a tal punto che non era affatto dubbio pe' transattori. Nel primo caso, l'errore niente fa; nel secondo, rende la transazione nulla (5).

3. Le parti transigenti debbono egualmente garentir dall'evizione ciò che l'una dà per soddisfazione dell'altra, salvochè l'una delle parti, soddisfatta dall'altra, non le abbia ceduto le sue ragioni in sulla cosa controversa, e che il cessionario sia dipoi stato evitto da un terzo; nel qual caso egli dee rivolgersi contro il suo autore (6) (7).

§. 471. B. *Del compromesso.*

Il compromesso è una convenzione con cui due o più persone reciprocamente si obligano di rimetter la decisione del loro litigio ad un terzo, il qual dicesi arbitro *(arbiter)* (8). Il compromesso ha per effetto di obligare ambo le parti di stare alla decisione *(arbitrium* ovvero *laudum)*. Ma generalmente il romano dritto voleva dippiù che le due parti si garentissero con una stipulazione penale *(stipulatio poenae* o *compromissa pecunia)* la esecuzione del lodo, e l'azione *ex stipulatu* serviva a far condannare al pagamento della pena la parte ricalcitrante (9). Ma già vedesi da Giustiniano concessa, in taluni casi determinati, un'azione *in factum* per un patto convenuto senza stipulazione penale (10). Il compromesso comprende il *receptum*

1674, p. 993. — De Lutzenberger, *Diss. exhibens transactionis notionem, etc.* Tubiug. 1795. Redlich, *Comm. de transact.* Lips. 1824. — Colius, *Diss. de trans.* Gandavi, 1822. — De Reysinger, *De trans. ex jure rom.* Lov. 1824.

(1) Ogni transazione presuppone alcun che d'incerto e di dubbievole: fr. 1, II, 15. — Egli è perciò, che dopo il giudizio *(post rem judicatam)* non si può più transigere della cosa giudicata: fr. 23, § 1, XII, 6. — const. 32, II, 4. — fr. 207, L., 17.

(2) Fr. 1, II, 15. — const. 38, II, 4. — const. 3, VI, 31.

(3) Fr. 16, ibid. — const. 6, 17, 20, 33, 37, 38, II. 4.

(4) Const. 21, II, 3. — const. 9, 24, 28, II, 4.

(5) Const. 10, 42, ibid. Gli stessi principj valgono a risolver la quistione se la lesione di oltre a metà operi in sulla transazione, e fino a qual punto.

(6) Const. 33, II, 4.

(7) Cioè non ha regresso contro colui che per composizione gli ceda le sue ragioni, vale a dir quelle ragioni che potesse avere in sulla cosa; si bene contro colui dal quale effettivamente la cosa si è ricevuta, verbigrazia il venditore.

(Il Trad.)

(8) Dig. IV, 8. — Cod. II, 56. — Wippermann, *Diss. de compromissi recepti atque laudi qualitatibus et effectibus.* Rint. 1797. — Gluck, *Comm.* VI, § 475. — Jaspis, *Diss. de arbitris.* Lips. 1821.

(9) Fr, 2; fr. 11, § 1-4; fr. 13, § 1; fr. 38, IV, 8.

(10) Const. 1-5, II, 56. — Nov. 82, c. 11.

arbitrii, ossia la convenzione delle parti litiganti con l'arbitro, con cui questo prometta di esaminare e di decidere il piato (*recipit arbitrium*). Il giudice può astringerlo a tener sua promessa, anco sotto minaccia di un' ammenda (1).

§. 472. C. *Del patto di giuramento stragiudiziale.*

Questo patto (*pactum de jurejurando extrajudiciali*) consiste nella promessa che due persone si facciano di far dipendere la decisione del loro litiglo da un giuramento stragiudiziale deferito all'una di loro (2). Se chi giura afferma con ciò di dovere aver dall' avversario, egli può astrignerlo con l'azione derivante dal dritto pretorio, senza bisogno di altrimenti provare suo dritto (3); se per contrario giura di non dover ciò che la parte avversa pretende, egli può all'azion di questa opporre la eccezione *jurejurandi* (4). La remission del giuramento ha lo stesso effetto che se fosse dato (5) (6): Il rifiuto di darlo annulla la convenzione (7).

TITOLO IV.

DELLE CONVENZIONI DI GARENTIA.

§. 473. *Nozione e specificazione.*

Le convenzioni di garentia sono generalmente quelle fatte per dare al creditore assicurazioni per lo pagamento del suo credito. Tal è la convenzione stipulante una clausola penale (§ 185), o una caparra (§ 186), il contratto di pegno (§ 444), ed il patto d'ipoteca (*pactum hypothecae*) (§ 343); finalmente ogni specie di malleverla, nel roman dritto chiamata *intercessione* (8), della qual solamente qui tratteremo.

§. 474. *Della intercessione.*
A. *Nozione e specificazione.*

L' intercessione è generalmente quando taluno, non essendovi obbligato in dritto, si addossa il debito altrui già esistente o pur futuro, o promette almeno di esserne sicurtà. La intercessione si fa di due maniere:

A. O il debitor primitivo è liberato di suo debito: nel qual caso essa,

(1) Fr. 3, § 1, 2; fr. 9, § 3, 4, 5; fr. 10; fr. 11, pr. § 1; fr. 15; fr. 32, § 12, IV, 8.

(2) Paolo, *Sent. rec.* II, 1.—§ 11, J. IV, 6.—Dig. XII, 2.—Cod. IV, 1.—Doneau, *Ad tit. Dig. de jurejurando*, cap. 3-9. — Zick, *Utrum jusjurandum apud Rom. pro specie transactionis habita sit.* Altdorf, 1804.—Gluck, *Comm.* XII, § 796.—Gœcke, *Disp. de jurejurando delato et praecipue de vi ejus.* Berol. 1826.

(3) § 11, J. IV, 6.— *V.* fr. 5; fr. 9, § 1; fr. 11, § 3; fr. 13, § 2, 5; fr. 28, § 10, XII, 2.

(4) § 4, J. IV, 13. — fr. 9, § 1, XII, 2.

(5) Fr. 6; fr. 9, § 1, ibid.

(6) Cioè, se poi che una parte ha deferito (*detulit*) e l'altra ha accettato (*suscepit*) il giuramento, la prima lo rimette (*remittit*) e ne dispensa la seconda; *gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi.* (*Il Trad.*)

(7) Fr. 5, § 4, XII, 2.

(8) Cioè, trasferimento in sè della obbligazione altrui. E dicevasi *intercedere*, ch'è quanto dire *entrar di mezzo*, quasicchè il mallevadore venisse a porsi tra 'l debitore ed il creditore, per fare egli fronte al secondo. (*Il Trad.*)

pigliando il nome di *expromissio*, richiede il consenso del creditore (1), ma non punto quello del debitore (2).

B. O il debitore resta obligato e l' intercessore diventa suo consorto: nel qual caso questi promette di rispondere non altramente che se fosse egli stesso debitore, e si obliga in solido una con quello (§ 366) (3). Può altresì uno intramettersi promettendo solo di venire in soccorso del debitore *(in subsidium)*: tal è chi con mandato qualificato (§ 428) commette a taluno di far credito ad un terzo (4); chi costituisce un pegno pel debito di un altro (5) (§ 342); chi dà sicurtà per altrui. Ma in quest' ultimo caso il dritto romano esaminava se la sicurtà era stata data per via di stipulazione o di patto; la prima producea la fideiussione *(fidejussio)*, la seconda il constituto del debito altrui *(constitutum debiti alieni)*, (§ 429).

§. 475. B. *Della fideiussione.*
1. *Nozione.*

La fideiussione *(fidejussio)* in dritto romano è una promessa fatta mediante stipulazione, di pagare il debito di un altro nel caso che questi non potesse rispondere al creditore nel tempo statuito (6). Essa può intervenire in ogni sorta di debiti (7), eccettochè in quelli che il civil diritto ha per radicalmente nulli (8). Ma solo suo fine essendo di dare una garentia al creditore, il fideiussore può bene obligarsi con vincoli più forti e più stretti che quelli dello stesso debitor principale: però, non potrebbe obligarsi ad altro, nè a più, nè sotto più onerose condizioni (9); percioccbè se il fideiussor dovesse di vantaggio, ei dovrebbe ciò che non debbe il debitor principale, e non più sarebbe fideiussor di costui.

§. 476. 2. *Dell' effetto della fideiussione.*

L' effetto della fideiussione è doppio, nascendo per essa un rapporto tra 'l fideiussore ed il creditore, ed un altro tra 'l fideiussore ed il debitore:

A. Quanto al rapporto tra 'l fideiussore ed il creditore:

1. Il fideiussore ed il suo erede son obligati a pagare, se il debitor principale non soddisfà (10). Anzi, il fideiussore obligato pura e semplicemente

(1) Fr. 8, § 5, XLVI, 2. — const. 25, II, 3.

(2) Fr. 8, § 5, ibid. « — Liberat autem me is qui quod debeo promittit, *etiam si nolim.* — Arg. pr. J. III, 30. S'essa è fatta di consenso ed a richiesta del debitore, prende il nome di *delegatio*: fr. 11, pr. ibid.—*V.* più sotto, della novazione.

(3) Fr. 17, § 2; fr. 18, XVI, 1.

(4) Fr. 12, § 14; fr. 32, XVII, 1. — fr. 13, XLVI, 1.

(5) Const. 5, 7, IV, 29.

(6) Caio, III, 115 seg. — Inst. III, 21 — Dig. XLVI, 1. — Cod. VII, 41.—Doneau, *Comm. ad tit. C. de fidej.* nelle sue *Opere* t. 9. — Hering, *De fidejussoribus.* Francf. 1647. — De Schrœter, *De sponsoribus, fidepromiss. et fidejuss.* Jenæ, 1822. — Quinet, *De fidej. sec. jus rom.* Lov. 1825. — Westrik, *Disp. ad locum Gaji Institutionum de spons. fidepr. et fidej.* L. — B. 1826.

(7) § 1, J. III, 21. — fr. 1; fr. 2; fr. 8, § 1, 2; fr. 16, § 3; fr. 37, XLVI, 1.—Ma la restituzion della dote non può essere assicurata con fideiussori: const. 1, 2, V, 20.

(8) Fr. 46; fr. 16, pr.; fr. 32, XLVI, 1.—Quanto alla fideiussione di una obligazion naturale, *v.* fr. 9, § 3; fr. 7, pr. XIV, 6. — fr. 7, § 1, XLIV, 1. — fr. 25, XLVI, 1. — fr. 95, § 3, XLVI, 3. — fr. 13, pr. IV, 4.

(9) § 5, J. III, 21. — fr. 1, § 8, XLIV, 7. — Se il fideiussore avea promesso altro, ovvero più, che il debitor principale, non era obligato a niente: fr. 8, § 7; fr. 42, XLVI, 1. — Conradi, *De fidejussore in majorem summam quam quæ debetur.* Helmst. 1734.

(10) § 2, J. III, 21. — fr. 4, § 1, XLVI, 1. — Se il fideiussore prova che il creditor non è stato pagato per colpa sua propria, è liberato dalla fideiussione: fr. 41, pr. XLVI, 1. — fr. 95, § 11, XLVI,

(in omnem causam) è tenuto non pur del debito principale, ma similmente di tutti gli accessorii, come a dir gl' interessi convenzionali e legali, la clausola penale, e le spese giudiziali (1): ma in ogni altro caso, egli non è astretto a pagar altro che ciò che ha promesso, e gl' interessi convenzionali stipulati dal principio (2).

2. D' altro lato, in dritto stretto il creditore può scegliere di andar prima contro al debitore, o pur direttamente contro il fideiussore (3): nonpertanto il dritto nuovo concede al fideiussore il beneficio di ordine ovvero escussione *(beneficium ordinis s. excussionis)*, la cui mercè può egli esiger che il creditore richiegga e sperimenti in prima il debitor principale (4) (5).

3. Essendovi più fideiussori, sono tutti obligati in solido: ma nel dritto nuovo godono il beneficio della divisione *(beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani)*, pel quale il fideiussore convenuto pel pagamento di tutto il credito, può esigere di esser prima condannato per la sola sua porzione (6). Ma il beneficio sopradetto della escussione non può essere opposto quando il debitor principale non ha come pagare; questo della divisione puo solamente opporsi allorchè gli altri fideiussori possan pagare e facilmente esservi astretti, e che l' opponente non abbia a tal benefizio espressamente rinunziato.

4. L' azione che il romano creditore avea contro al fideiussore, era quella *ex stipulatu*.

B. Rispetto poi al debitor principale, il fideiussore il quale abbia pagato per lui, ha il dritto di esser francato e ristorato di qualunque perdita. Il perchè, quando il pagamento è stato fatto di ordine del debitore, esso fideiussore ha dalla legge l' azion contraria di mandato; negli altri casi, ha l' azion contraria *negotiorum gestorum*, ovvero *ex jure cesso*, cioè pel dritto cedutogli dal creditore (7). Perciocchè egli gode il beneficio di cession di azione *(beneficium cedendarum actionum)*, pel quale la legge gli dà facoltà di farsi dal creditore, prima ch' ei lo paghi, cedere il suo dritto di credito contro il debitor principale, con tutte le annesse ragioni di pegno e d' ipoteca (8). Tutti quali diritti competono egualmente al fideiussore il quale ha pagato pel suo confideiussore.

§. 477. 3. *Fideiussione della fideiussione.*

Dobbiamo qui far ricordo della fideiussion della fideiussione *(fidejussio fidejussionis)*, la qual è di due specie. Perciocchè talvolta essa è fatta per

3. — Thibaut, *De fideiussore creditoris in exigenda negligentia liberato.* Heidelb. 1829.

(1) Fr. 54, pr. XIX, 2. — fr. 4, § 1; fr. 56, § 2, XLVI, 1. — fr. 52, pr. XXVI, 7.— fr. 88, XLV, 1.— fr. 24, § 1, XXII, 1,

(2) Fr. 68, § 1, XLVI, 1. — Const. 4, IV, 32.

(3) Const. 5, VIII, 41. Se il fideiussore non s'è obligato, se non per ciò che il creditore non potesse cavar dal debitore, questi di necessità dev'essere il primo richiesto. — Fr. 116, XLV, 1. — const. 1, X, 2. — Thomasius, *Diss. de fideiussore indemnitatis.* Halae, 1703.

(4) Const. 5, VIII, 41. — Nov. 4, c. 1. Schaab, *Diss. de fideiussore etc. beneficio ordinis gaudente.* Mogunt. 1786.

(5) Chiamasi questo beneficio di ordine per l'ordine che il creditore ha da tenere nel richiedere gli obligati, *propter ordinem conveniendi;* di escussione, *quia bona rei excutiuntur, ut sciatur an solvendo sit, nec ne*, cioè perchè dovea sperimentarsi in prima quel che si potesse cavar dal debitore, e pel restante poi costringere il mallevadore.

(Il Trad.)

(6) Caio, III, 121, 122. — § 4, J. III, 21. — const. 3, VIII, 41. — Nov. 99. — Asverus, *Spec. ad Nov.*, 99. Jenae, 1822.

(7) § 6, J. III, 21. — fr. 4, pr. XXVI, 1. — fr. 43, III, 5.

(8) Fr. 36, 39, XLVI, 1. — const. 2, II, VIII, 41. — Burmann, *De fideiussoribus eorumque privilegiis.* Tr. ad Rh. 1804.

dare al creditore anche maggior sicurezza, al quale effetto una seconda persona dà sicurtà pel fideiussore (1): tal altra, essa proponsi la sicurezza dello stesso fideiussore, al qual effetto un altra persona promette di rimborsargli quello ch' egli fosse obligato di pagare pel debitor principale (2).

§. 478. C. *Del costituto del debito altrui* (3).

Siccome la fideiussione è la sicurtà di ragion civile fatta per via di stipulazione, così il costituto dell' altrui debito è la sicurtà di ragion pretoria, fatta con patto nudo, mediante il quale taluno si obliga di pagar l'altrui debito già esistente. Il constituto è un patto pretorio, differente dalla fideiussione primamente in ciò, ch' ei non richiede alcuna stipulazione (4), e poi perchè la sua natura accessoria il lascia spaziare fuor de' termini della fideiussione. Pertanto, il costituitore può obligarsi ad altra cosa (5); a pagar più presto, non però di vantaggio (6); a satisfare in luogo diverso (7), e ad un altro creditore (8). Del resto, il costituto ha gli stessi effetti della fideiussione, e la legge dà gli stessi dritti al costituitore ed al fideiussore (9). L' azion derivante dal constituto dicesi *constitutae pecuniae* (10).

§. 479. D. *Della intercession delle donne* (11).

Tutti coloro i quali possono obligarsi ed hanno la libera disposizione della lor facultà, possono generalmente obligarsi per altrui. Nondimeno questa regola sopporta eccezione, soprattutto rispetto alle donne.

A. Il senatoconsulto Velleiano (*Sctum Vellejanum*), fatto sotto Claudio, dichiarò:

1. Che qualunque intercession di una donna, in che ch' ella consistesse, sarebbe nulla. La donna che, non ostante ciò, ha interceduto e per tal conto è richiesta, ha non pure il dritto di opporre la eccezione *Scti Vellejani* all' azion del creditore (12), ma eziandio quello di raddomandar con la *condictio indebiti* ciò che per avventura ella avesse pagato per errore di dritto (13). Quando essa respinge l' azion del creditore con la eccezione del senatoconsulto, il creditor ripiglia la sua azione contro il debitore originario (*actio restitutoria s. rescissoria*) (14), se la intercessione era una *expromissio*, cioè fatta per estinguere il debito esistente di un terzo (§ 474); ma quando la donna è intervenuta per liberare un terzo da un debito futuro, il debitore ottiene contro costui l'azion prodotta dall' intervento della

(1) Fr. 8, § 12; fr. 27, § 1, XLVI, 1.— Grundler, *Comm. de fideiuss. fidejussoris.* Halæ, 1794.

(2) Fr. 4, pr. ibid.

(3) § 8, 9, J. IV, 6. — Dig. XIII, 5. — Cod. IV, 18.—Doneau, *Opera*, t. 7, p. 975. — Koch, *De constituto debiti alieni etc.* Kil. 1777. — Gluck, *Comm.* XIII, § 849.

(4) § 9, J. IV, 6.

(5) Fr. 1, § 5, XIII, 5.

(6) Fr. 4; fr. 11, § 1; fr. 12, 13, 19, ibid.

(7) Fr. 5, pr. ibid.

(8) Fr. 5, § 2, ibid.

(9) Nov. 4, c. 1. — Nov. 136, pref. — Const. 3, IV, 18.—Teofilo, sulle Inst. IV, § 8, 9, tit. 6.

(10) Paolo, *Sent. rec.* II, 2. — § 8, J. IV, 6.

(11) Paolo, II, 11.—Dig. XVI, 1.—Cod. IV, 29.—Nov. 134, c. 8.—Doneau, *Comm.* XII, 29-32.— Hellfeld, *De interc. mulierum et Scto Vellej.* Jenæ 1739. — Gluck, *Comm.* XIV, e XV, § 920-27. — Suse, *Diss. de jure singulari feminæ intercedentis.* Gœtt. 1803.— Biener, *De fidejussione mulierum quæstiones.* Lips. 1808.

(12) Fr. 2, § 1, XVI, 1. — const. 1, 3, 16, IV, 29.

(13) Fr. 8, § 3, ibid. — const. 9, ibid. Se essa ha costituito un pegno o una ipoteca per debito altrui, può similmente domandarne la restituzione: fr. 32, § 1, ibid.

(14) Fr. 1, § 2; fr. 8, § 9-13; fr. 14; fr. 16, § 1 in fine; fr. 20; fr. 32, § 5, ibid. const. 16, ibid.

donna *(actio institutoria)* (1). Finalmente, allorchè una donna è intervenuta a pro di un terzo unitamente con un uomo, questi è solo tenuto per l'intero: nonpertanto, se ciascuno siasi obbligato per la sola sua porzione, l'uomo non è tenuto senonchè per la sua parte, e per quella della donna il creditore ha contro al debitore l'azione *restitutoria* ovvero *institutoria* (2).

2. Ma già prima di Giustiniano la donna non poteva in taluni casi eccettuati prevalersi del senatoconsulto Velleiano. Tal era quando ella fosse rifatta della sua intramissione (3), quando operava a fin d'ingannare il creditore (4), quando il creditor da lei guarentito era minore (5), e quando essa invitava il creditore ad esercitar la sua azione, promettendo che non si sarebbe aiutata del beneficio del senatoconsulto (6).

B. A queste eccezioni più altre ne aggiunse Giustiniano:

1. Quando una donna, di età maggiore allorchè s' interpose, iterava la sua promessa in capo a due anni (7).

2. Egli ordinò dipoi, la intercession della donna fosse nulla, se non ricevuta in atto pubblico e sottoscritto da tre testimoni: ondechè, trasgredito tale ordine, la donna non avea bisogno d' invocare il senatoconsulto, salvo se il creditor provasse aver ella ricevuto indennità del suo intramettersi (8), ovvero essere intervenuta per liberare uno schiavo, o costituire una dote (9).

3. Da ultimo, lo stesso imperator dispose (con la Novella 134, c. 8, ond' è stata tratta l' Autentica *Si qua mulier*, C. IV, 29) che la intercession della donna a favor di suo marito fosse pura e semplicemente nulla, contuttochè più volte reiterata ed anco fatta per atto pubblico: nè altra eccezione a tal regola pose, che quando la moglie si fosse della sua intercessione fatta più ricca (10).

4. Il dritto romano non attribuiva effetto alcuna alla rinunzia al senatoconsulto Vellejano fatta nel momento della intercessione (11); ed in un solo caso Giustiniano la dichiarò, non che ammessibile, necessaria, cioè quando la madre o l' avola volessero accettar la tutela de' propri figliuoli o nipoti (12).

TITOLO V.

DELLE CONVENZIONI VIETATE.

§. 480. A. *Nozione e specificazione delle convenzioni vietate*, *in generale*.

Il romano dritto proibisce assolutamente e dichiara senza effetto parecchie convenzioni, obbligatorie per altro e valide secondo i generali principj: per le quali non solamente non nasce eccezione alcuna, ma può l' uomo eziandio raddomandar con la *condictio indebiti* quello ch' egli ha già pagato (§§ 368, 455). Noi ne abbiamo già indicate diverse, per esempio quelle por-

(1) Fr. 8, § 14, ibid.
(2) Fr. 48, XLVI, 1.—const. 8, IV, 29.
(3) Fr. 16, pr.; fr. 21, pr.; fr. 22, XVI, 1.—const. 2, ibid.
(4) Fr. 2, § 3; fr. 11; fr. 27, pr.; fr. 30, pr. ibid.—const. 18, ibid.
(5) Fr. 12, IV, 4.
(6) Fr. 32, § 4, XVI, 1.
(7) Const. 22, IV, 29.
(8) Const. 23, ibid.—Le opinioni son molto discordi intorno al vero senso ed alla estensione di questa constituzione. *V.* Thibaut, *Sistema*, § 948, e Hœpfner, *Comm.* § 838, nota 3.
(9) Const. 24, 25, ibid.
(10) Nov. 134, c. 8.—Auth. *Si qua mulier*, ibid.
(11) Ma la donna intramessasi poteva, quando il creditore intentava la sua azione, rinunziare alla eccezione del Scto Vellejano: fr. 32, § 4, XVI, 1.
(12) Nov. 118, c. 5.

tanti usura scoperta o mascherata (§ 386), il patto commissorio accompagnante il pegno di una cosa (§ 457), e la malleveria delle donne (§ 479); di altre ancora accadrà ragionare più in là, per esempio delle convenzioni dotali vietate: ondechè qui non ci tocca di altro trattare che delle convenzioni dette aleatorie.

§. 481. B. *Delle convenzioni aleatorie, in particolare.*

Le convenzioni aleatorie (*pacta quae aleam continent*) sono generalmente quelle nelle quali i guadagni e le perdite de' contraenti dipendono più o meno dal caso. Tra siffatte convenzioni ve n' ha di quelle che sono autorizzate, per esempio la *emptio spei* e *rei speratae*, il *foenus nauticum*: altre sono parte permesse, parte vietate. A queste ultime appartiene:

1. Il *giuoco* (*lusus*) (1). In generale intendesi per tale un atto, in cui l' esito incerto di un fatto determinato o di una condizione decide a quale d' infra più persone andrà il guadagno; il qual fatto o la qual condizione debbon dipendere o dalla sorte, o dalla destrezza de' giuocatori, o da tutt' e due insieme. La *convenzion di giuoco* è quella che statuisce la condizione, la qual deve decidere del guadagno. Appo i Romani i giuochi ginnastici soli eran permessi quando la posta era moderata (2); tutti gli altri giuochi eran siffattamente vietati, che non pur nessun' azione non producevano, ma si poteva eziandio per ispazio di cinquant' anni raddomandar con la *condictio indebiti* quel che già si fosse pagato (3).

2. La *scommessa* (*sponsio*). Questa è una convenzione con cui l' una parte promette alcuna cosa all' altra, se il fatto presente o futuro per essa affermato non si trovi essere a quel modo appunto, ch' ella pretende. La scommessa sopra i giuochi è permessa o vietata secondo che i giuochi medesimi (4): ma vietata è sempre, quando l' obbietto da lei propostosi è contrario a' buoni costumi (5). Il dolo e la simulazione fanno nulla la scommessa autorizzata; per esempio quando l' una parte conosce l' esito della faccenda, e lo nasconde all' altra per indurla a scommettere.

CAPITOLO II.

DELLE OBLIGAZIONI NASCENTI DA DELITTI (6).

§ 482. I. *Nozion del delitto.*

Il delitto (*delictum*) è un fatto volontario dell' uomo, il qual contravviene ad una legge penale. Il delitto tirasi dietro come conseguenza generale l' obligazione di riparare il danno cagionato, e di portar la pena minacciata dalla legge (7). Quando più persone han commesso un delitto, ciascuna è tenuta in solido pel danno arrecato, senza potere invocare il beneficio della divisione, e senza regresso avverso i suoi complici (8). La pena, per contrario, è tutta personale (9).

(1) Dig. XI, 5. — Cod. III, 45 (non chios.). — Pantoja de Aiala, *Comm. ad tit. Dig. et Cod, de aleatoribus;* in Otto *Thes.* IV, 905. — Gluck, *Comm.* XI, 757. Lind, *Ad tit. Dig. de aleat.* L.-B. 1816.— Cock, *Resp. ad quæst. Quid alea, quid aleator sit?* Traj. ad Rh. 1819.

(2) Fr. 2, § 1, XI, 5. — const. 3, III, 43.

(3) Const. 3, cit.

(4) Fr. 3, XI, 5.

(5) Fr. 17, § 5, XIX, 5.

(6) Caio, III, 182 seg. — Inst. IV, 1. — Doneau. *Comm.* XV, 23-30.

(7) Kleinschrod, *Doctrina de repar. damni delicto dati etc.* Wirc. 1798.

(8) Fr. 14, § 15, IV, 2. — const. I, IV, 8.

(9) Fr. 11, § 2, IX, 2. — fr. 55, § 1, XXVI, 7. — fr. 34, XLVII, 10.

§. 483. II. *Della division de' delitti.*

I delitti in dritto romano si dividono in pubblici e privati *(pubblica et privata)*, secondo ch' essi portano una pena pubblica ovvero privata. La pena pubblica è quella che lo stesso Stato è in dritto d' imporre, e che dà luogo al *judicium publicum*; la pena privata è quella che può esiger l' offeso, ed insiem con la quale nasce per costui un' azion pecuniaria e pel delinquente una obligazione. La pena privata consiste ordinarlamente per dritto romano in due, tre o quattro cotanti del danno cagionato *(duplum, triplum, quadruplum)* (1). La teoria de' delitti e delle pene pubbliche appartiene alla ragion criminale; quella de' privati delitti è del dominio della ragion civile in quanto ch' essi producono una obligazione di risarcire il danno fatto, e di pagarne una pena privata. Ma vuolsi avvertire che l' azion per risarcimento *(actio rei persecutoria)* passa agli eredi dell' offeso e contro quelli del delinquente; dovechè l' azion penale *(actio poenalis)*, benchè per regola generale passi, dall' azion d' ingiurie in fuori (2), agli eredi dell' offeso, nondimeno non può essere esercitata avverso gli eredi del delinquente (3), salvo se il delitto del defunto non gli avesse fatti più ricchi (4), o se l' azione non fosse già stata intentata contro il reo vivente (5).

Sonovi in dritto romano quattro delitti privati: il furto, la rapina, il danno ingiustamente fatto, e l' ingiuria (6).

§. 484. III. *De' delitti privati in particolare.*
A. *Del furto.*
1. *Nozione e specificazione.*

Il furto *(furtum)* nel senso del romano dritto (7) è ogni sottrazion fraudolenta di cose mobili (8), fatta con animo di trarne qualche profitto pecuniario *(lucri animo)* (9). Quando il ladro è colto e pigliato in sul fatto, prima ch' egli abbia la cosa in suo potere, il furto riceve il nome di furto manifesto *(furtum manifestum)*; in ogni altro caso, il furto è non manifesto *(furtum non manifestum)* (10). Relativamente al suo obbietto, il furto si divide in *furtum rei ipsius*, *furtum usus*, e *furtum possessionis*.

1. Il furto della cosa medesima *(furtum rei ipsius)*, il qual si commette sottraendo fraudolentemente una cosa mobile, è di due sorte; perciocchè si può rubar la cosa propria di un altro *(furtum alienae rei)*, parimente che

(1) § 18, 19, 21-25, J. IV, 6. — *V.* sopra, § 205.

(2) Caio, IV, 112. — § 1, J. IV, 12.

(3) Caio, Ibid. — fr. III, § 1, L, 17. — fr. 1, pr. XLVII, 1.

(4) Fr. 38, 127, L, 17. — const. un. IV, 7.

(5) Fr. 33, XLIV, 7. — fr. 164, L, 17.

(6) Oggi il delitto non altro produce che un'azione di risarcimento, e le *actiones pœnales* de'Romani, tendenti ad una pena privata, sono sparite dalla nostra legislazione, secondo la quale qualunque delitto produce una pubblica pena.

(7) Caio, III, 138-208. — Paolo, II, 31. Inst. IV, 1. — Dig. XLVII, 2. — Cod. VI, 2. — Doneau, *Comm.* XV, 29. — Unterholzner, *Verjæh.* p. 120-30. — Hasse, *Della colpa*, § 81-91. — Erhard, *Diss. de furti notione etc.* Lips. 1806. — Van Imohff, *De furtis ad Leg. XII Tab.* Grœning. 1824. — Luden, *De furti notione sec. jus rom.* Jenæ, 1831.

(8) Non si dà furto di cosa immobile. Caio, II, 51. — § 7, J. II, 6, — fr. 25, pr. XLVII, 2. — fr. 38, XLI, 3.

(9) § 1, J. IV, 1. — fr. 1, § 2, 3, XLVII, 2. — *V.* fr. 52, § 16, Ibid. — fr. 22, § 7, XVII, 1. — const. 7, VI, 2. — Il proposito di trar profitto della cosa *(animus lucri faciendi)* è essenzialmente necessario: fr. 39, XLVII, 2.

(10) § 3, J. IV, 1. — fr. 2, 8, 21 pr., 35, XLVII, 2.

la propria dello stesso rubatore (*furtum suae rei*), il che avvien quando il proprietario sottrae la sua cosa a chi ha dritto di possederla (1).

2. Il furto di uso (*furtum usus*) consiste nell'uso che altri faccia di cosa da lui posseduta a nome, per esempio, di creditore con pegno, di commodatario, o di depositario (2). Può questo furto egualmente commettersi di cosa sua propria, per esempio quando il proprietario toglie a prestito la cosa sua da quello a cui l'ha data in pegno, e senza l'autorizzazion di costui la presta ad un terzo (3).

3. Il furto di possesso (*furtum possessionis*) è quando chi possiede una cosa mobile, non come proprietario, ma per esempio come creditore con pegno o come commodatario, muta con un atto esteriore, come a dir con celamento, diniego, o sottrazion della cosa, cosiffatto suo possedimento in possesso da proprietario. Il furto di possesso non può cadere altro che nelle cose altrui (4); e par che nel condannarlo siasi avuto risguardo alla nota regola: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (§ 244).

§. 485. 2. *Delle obligazioni nascenti dal furto* (5).

Gli effetti legali del furto sono i seguenti:

1. Il ladro è tenuto a restituir la cosa rubata con tutto ciò che vi pertiene, e nel caso che questa non sia più, deve soddisfarne il più alto prezzo ch'ell'abbia raggiunto dappoichè fu sottratta (6).

2. Egli è indefinitamente tenuto di tutto il danno cagionato, anche del fortuito, e quantunque provi che la cosa sarebbe egualmente perita in man del rubato (7). La esecuzione così di questa, come della prima obligazione, può esser richiesta dal padrone della cosa rubata contro il ladro ed i suoi eredi, non però contro il ricettatore ed il complice (8), mediante la *condictio furtiva*, la qual è *rei persecutoria* (9).

3. Dipoi, il romano dritto dava a chiunque aveva interesse che la cosa non fosse sottratta, il dritto di esiger come pena privata il quadruplo del prezzo della cosa rubata, quando il furto era manifesto; quando no, il doppio. L'azione *furti*, la qual era penale, data per far valere siffatto dritto, poteva esercitarsi contro il ladro medesimo, non mica contro i suoi eredi (10). L'obligazion di dare il doppio s'estendeva eziandio al complice ed al

(1) Caio, III, 200. — § 10, J. IV, 1. — fr. 15, § 1, 2; fr. 19, § 5, 6; fr. 20, § 1; fr. 53, § 4; fr. 59, XLVII, 2. — fr. 49, XLI, 3.

(2) § 6, J. IV, 1. — fr. 40; fr. 54, pr.; fr. 76, pr. XLVII, 2. — fr. 16, XIII, 1.

(3) Fr. 54, § 1, XLVII, 2.

(4) Teofilo, sul § 1, J. IV, 1. — fr. 33; fr. 46, § 6; fr. 52, § 7; fr. 59; fr. 67, pr.; fr. 71, pr.; fr. 73, XLVII, 2.

(5) S'intende per se medesimo, che il proprietario della cosa sottratta ha dritto di recuperarla da qualunque detentore, anco dal possessor di buona fede; e ciò senza indennità: § 19, J. IV, 1. — const. 2, VI, 2. — Questo dritto non è conseguenza del furto, sì bene della proprietà, la qual perciò vuol esser provata; dovechè chi procede *ex furto* deve solo provare la sottrazion fraudolenta.

(6) Fr. 8, pr. § 1, 2, XIII, 1. — *V.* fr. 67, § 2, XLVII, 2. — fr. 13, XIII, 1.

(7) Fr. 8, pr. § 1 cit. « Semper enim moram fur facere videtur. » — fr. 8, § 1; fr. 16; fr. 20, XIII, 1. — fr. 40, pr. V, 3. — fr. 50, pr. XLVII, 2. — const. 9, VI, 2. — const. 2, IV, 8. — *V.* sopra, § 382.

(8) Fr. 5; fr. 7, § 2; fr. 9; fr. 10, § 1, XIII, 1. — § 4, 11, 12, 14, 19, J. IV, 1. — fr. 6, XIII, 1.

(9) Dig. XIII, 1. — Cod. IV, 8. — Gluck, *Comm.* XIII, 837. — Krug, *Selecta de condict. furtiva capita.* Lips. 1831. — La *condictio furtiva* appartiene propriamente al solo padron della cosa: fr. 1, 11, XIII, 1. — fr. 14, § 16 in fine, XLVII, 2. — fr. 12, § 5, VII, 1. Il creditor sopra pegno, al quale ordinariamente si concede, ha solamente una *condictio incerti* e l'azione *furti* *V.* fr. 12, § 2, XIII, 1, ed i luoghi allegati nella seguente nota.

(10) § 5, J. IV, 1. — § 18, J. IV, 6. — fr. 59, pr. XLVII, 2.

ricettator di mala fede, così pel furto manifesto come pel non manifesto (1).

§. 486. 3. *Della* rerum amotio.

L'azione *furti* non ha luogo tra fidanzati ovvero coniugi (2): ma quando il furto è stato commesso prima del matrimonio, la legge dà la *condictio furtiva*, la quale può intentarsi anche durante il matrimonio (3); quando poi è stato commesso durante il matrimonio, esso piglia il nome di *rerum amotio*, e produce l'azione *rerum amotarum* (4). Siffatta azione può essere intentata *direttamente*, se il furto è stato commesso con animo di far divorzio (5); *utilmente* poi, se commesso perchè si credea che il coniuge messo a ruba dovesse morire (6). In ambo i casi, l'azione mira alla restituzion della cosa con tutte le sue appartenenze, ovvero alla rifazion del danno ricevuto (7), nè può generalmente intentarsi se non dopo disciolto il matrimonio (8).

§. 487. B. *Della rapina.*
1. *Nozione.*

La rapina *(rapina)* (9) consiste nel toglier per forza l'altrui cosa mobile, con animo di guadagnare (10). Bisogna adunque, perchè rapina vi sia, che la cosa appartenga ad un altro, e che il rapitore ciò sappia (11). Il perchè, non havvi punto delitto di rapina, quando noi togliamo per viva forza a taluno la cosa ch'è nostra o che nostra crediamo; ma con ciò commettiamo solamente un atto violento *(crimen vis)* (12). Le conseguenze e le pene della rapina e degli atti violenti sono differentissime.

§. 488. 2. *Delle obligazioni nascenti dalla rapina.*

La rapina impone al rapitore l'obligazione di restituir la cosa e di sottostare a qualunque danno, anche a quello fortuito (13). Oltre alla restituzione, il dritto romano dava ancora a quello a cui la cosa era stata rapita ed a chiunque aveva interesse che rapita non fosse, un'azione (14): perciocchè il rapitore poteva esser perseguitato o come ladro non manifesto con l'azione *furti*, ed esser condannato al doppio; o pur con l'azione *vi bonorum raptorum*, ed esser condannato al quadruplo, il qual si componeva del valor della cosa rapita e di tre altri cotanti (15) (16). Passato un

(1) § 4 in fine; § 11, J. IV, 1. — fr. 6, XIII, 1.—fr. 34; fr. 50, 3; fr. 52; fr. 54, § 4, XLVII, 2.

(2) Fr. 3, § 2, XXV, 2.

(3) Fr. 3, § 2, ibid.

(4) Dig. XXV, 2. — Cod. V, 21. — Doneau, *Comm.* XV, 29. — Gluck, *Comm.* XXVII, § 1284.

(5) Fr. 6, § 3; fr. 17, pr. ibid.

(6) Fr. 21, pr. ibid.

(7) Fr. 1; fr. 3. § 3; fr. 17, § 2; fr. 21, § ult. ibid. — const. 2, V, 21.

(8) Fr. 1: « quæ uxor *fuit.* » — fr. 30, ibid.—La const. 22, § 4, VI, 2, racchiude una eccezione.

(9) Caio, III, 209. — Inst. IV, 2.—Dig. XLVII, 8.—Cod. IX, 33.—*V.* Dig. XXII, 16. — Cod. VIII, 4 e 5.—Doneau, *Comm.* XV, 30.

(10) Fr. 3, § 5, XLVII, 9. Le cose immobili non possono essere obbietto di rapina: const. 1, IX, 33.

(11) § 1, J. IV, 2.—fr. 2, § 18, XLVII, 8.

(12) Fr. 2, § 18 cit. L'atto violento *(crimen vis)* può per altro commettersi tanto sopra una cosa mobile, quanto sopra una immobile, mediante una *invasio* (§ 489).

(13) Fr. 8, § 1, XIII, 1.

(14) § 2, J. IV, 2.

(15) Inst. IV, 2.—Dig. XLVII, 8.—Cod. IX, 33. — Cramer, *Ad Cic. orat. pro Tullio*, c. 4, p. 66.

(16) Nel che la pena della rapina differiva da quella del furto, nella quale non si computava la cosa rubata, ma il quadruplo ovvero il doppio (secondo che il furto era manifesto, o pur no) si esigeva

anno, l'azione non poteva più intentarsi che per altrettanto *(in simplum)*(1): e l'erede del rapitore non poteva mai esser perseguitato altramente che con la *condictio furtiva* (2).

§. 489. 3. *Degli atti violenti.*

Il farsi giustizia da sè stesso (3), quando non sia per difendersi dagli ingiusti assalti degli altri, è non solamente vietato, ma eziandio soggetto a pena (§ 268). Il dritto romano contiene sopra ciò le seguenti disposizioni:

1. Il creditore, il quale di sua propria autorità si paga del suo credito senza soccorso del giudice, quando anche non avesse al debitore fatta alcuna personal violenza, non solamente è obligato a restituire, ma perde suo credito, a nome di pena (4).

2. Chi toglie per viva forza al possessore una cosa mobile o immobile, di cui pretende esser proprietario, se tal è realmente, egli perde per pena la sua proprietà, la quale passa al posseditore attuale; se poi tale non è, dev'egli non solo restituir la cosa, ma di più pagar siccome pena il prezzo di quella, senza distinguersi s'egli abbia operato a buona o mala fede (5). La stessa pena è posta a chi tenga l'altrui cosa a fitto o pur la possegga a titolo precario, s'egli senza motivo ricusi al finir dell'affitto o del beneplacito del padrone, di restituirla, ed in tale contumacia persista fino alla sentenza diffinitiva (6).

§. 490. C. *Del danno ingiustamente fatto.*
1. *Nozione.*

I Romani qualificano per *damnum injuria datum* generalmente ogni danno che un uomo libero (7) fa soffrire al patrimonio di un altro mediante un fatto illecito *(culpa, injuria)*, sieno o pur no questi due obligati tra loro (8). Nientedimeno, quando un contratto havvi tra loro, l'autor del danno non vi sottostà se non in quanto per lo contratto vi si è sottoposto *(ex contractu)*; fuor del contratto *(extra contractum)*, egli è tenuto senza

tutto per pena, ed oltre a questo il padrone potea domandare la stessa cosa rubatagli; *ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus* (§ 19, J. IV, 1). Dove si può opporre che al rapitore condannato in tre doppi ne andasse meno che al rapitore condannato in quattro doppi, quando è pur certo che la reità del primo è maggiore. A che si aggiunge, l'azion di rapina essere stata di un anno, quella di furto perpetua. Ma si risponde, esser bastante difesa di tali disposizioni il sapere che i rapitori colti in sul fatto soggiacciono eziandio all'azion medesima che i ladri manifesti, i rapitori poi non manifesti vengono ad esser puniti sempre più gravemente dei ladri. La qual difesa, veramente, a me sembra bastante solo nella seconda parte. *(Il Trad.)*

(1) Pr. J. ibid.—*V.* fr. 1, pr. XLVII, 8.

(2) Fr. 2, § 27, ibid.

(3) Doneau, *Comm.* XVII, 2.—Galvanus, *De usufr.* c. 40.—Bœhmer, *Exerc. ad Pand.* 2, 23.—Walch, *De vindicta privata;* Opusc. I, 396.

(4) Fr. 12, § 2; fr. 13, IV, 2.—fr. 7, XLVIII, 7.

(5) Const. 3, C. Th. IV, 22.—const. 7, VIII, 4.—§ 1, J. IV, 2.—§ 6, J. IV, 15. —Savigny, *Del poss.* § 40.—Tritz, *Resp. ad quæst. quam actionem const. 7, C. VIII, 4, ei qui possessione vi privatus est, ad eam recup. concedat.* Frib. Brisg. 1828.

(6) Const. 10, ibid.—const. 34, IV, 65. —L'atto violento usato per far valere il proprio diritto, porta pure diverse altre pene. *V.* Nov. 25, c. 1.—Nov. 60, pr. c. 1, 2.—Nov. 134, c. 7.

(7) Il danno cagionato da uno schiavo dicesi *noxia*, quello fatto da una bestia *pauperies.* § 1, J. IV, 8.—pr. J. IV, 9. —*V.* sopra ciò il § 522.

(8) Fr. 7, § 8; fr. 18, IX, 2.—fr. 7, § 1, XIII, 6.—J. op den Hoof, *De damno injuria dato.* Tr. ad Rh. 1817.

restrizione alcuna per qualunque suo fatto pregiudizioso, per menoma che sia la colpa (1). Ma un danno occasionato con una omessione illecita o per indolenza, non va compreso nel *damnum injuria datum* (2); perciocchè la omessione non potendo essere illecita se non quando si è convenuto del contrario, non può altra azione partorire che quella ingenerata dalla convenzione. Questa regola non soffre eccezione, se non quando una omessione è stata cagione che il danno sia risultato da un fatto anteriore (3).

§. 491. 2. *Della legge Aquilia.*

La legge Aquilia (*Lex Aquilia*) aveva soprattutto in mira il danno fatto a torto (*damnum injuria datum*) (4), e permetteva di far condannare il colpevole alla rifazion del danno e ad una pena privata (5). In alcuni casi (*ex primo capite Legis Aquiliae*), colui che aveva ingiustamente morto uno schiavo o un quadrupede altrui (*quadrupes pecus*), dovea dare il prezzo più alto che lo schiavo o l'animale avesse raggiunto durante l'anno precedente alla sua morte (6); in tutti gli altri casi (*ex tertio capite*), egli era tenuto a sborsare il più alto prezzo dalla cosa toccato negli ultimi trenta giorni (7). Il diniego del reo l'obligava a rendere il doppio (*lis inficiando crescit in duplum*) (8).

§. 492. 3. *Dell'azione della legge Aquilia.*

L'azion della legge Aquilia era da principio molto ristretta. Essa infatti non poteva essere intentata come azione diretta, se non quando il danno era cagionato *corpore corpori*; ed anche allora, il solo padrone della cosa distrutta o danneggiata poteva direttamente procedere *ex lege Aquilia* pel pagamento del danno e della pena (9). Queste due restrizioni dappoi scomparvero. Primieramente fu concessa l'azione come utile, quando il danno era stato fatto *corpori*, ma non *corpore*; ed anche allorquando nou fosse avvenuto danno *nec corpore nec corpori*, fu data una generale azione per risar-

(1) Fr. 44, pr. IX, 2. « *In lege Aquilia et levissima culpa venit.* » Ma si suppone ch'egli sapeva che la cosa apparteneva altrui: fr. 31, § 3, V, 3.

(2) Ciò leggesi espressamente nel fr. 13, § 2, VII, 1.

(3) Fr. 8, pr.; fr. 27, § 9; fr. 44, § 1; fr. 45, IX, 2.

(4) Caio, III, 210.— Inst. IV, 3. —Dig. IX, 2.—Cod. III, 35.—Coll. leg. mosaic. XII, 7.—Doneau, *Comm.* XV, 26—Suarez de Mendoza, *Comm. ad Leg. Aquiliam*; Meerman *Thes.* 2, 1.—Noodt, *Ad leg. Aq. liber sing.* Ne'suoi *Opusc.* t. 1, p. 173. —Romer, *De lege Aq.* Tr. ad Rh. 1806.—Vollgraff, *Diss. de lege Aq.* Marb. 1820. —Cannegieter, *De lege Aq.* Grœning, 1821. — Gluck, *Comm.* X, § 698-705.

(5) Tenevasi egualmente cònto delle perdite sofferte: § 10, J. IV, 3.— fr. 21, § 2; fr. 22; 23, pr.; fr. 37, § 1, IX, 2.

(6) Pr. § 1, J. IV, 3.—fr. 2, IX, 2. Solamente dacchè fu scoverto Caio noi conosciamo il contenuto del capo secondo della Legge Aquilia: Caio, III, 215, 216. Esso ordinava un'azione contro allo *adstipulator*, il quale a fin di fraudare lo stipulante rimettesse il debito al promettitore, liberandolo con accettilazione (*qui pecuniam in fraudem creditoris acceptam fecerit*). Quest'azione non era più in uso a tempo di Ulpiano (fr. 27, § 4, IX, 2); e quando anche questo luogo fosse interpolato, certo ella non era più in uso al tempo di Giustiniano (§ 12, J. IV, 3). *V.* Gans, *Scolii su Caio*, p. 407. —Van der Kemp, *Diss. de cap. sec. legis Aq. s. ad locum Gaji de adstipulatoribus.* Lugd.-Bat. 1820.

(7) § 13-15, J. ibid. —fr. 27, § 5; fr. 29, § 8, ibid.

(8) Fr. 2, § 1; fr. 23, § 10, ibid.—Caio, III, 216.

(9) § 16, J. IV, 3. — fr. 2, pr.; fr. 27, § 5, IX, 2. —fr. 11, § 6, 9, ibid.—Hasse *Della colpa*, p. 10-95.

cimento (*actio in factum*) (1). Dipoi, non rimase ella ristretta al padrone della cosa danneggiata, ma fu concessa utilmente a chiunque per cagion di un suo dritto reale aveva interesse che nessun danno la cosa patisse (2). L'azione della legge Aquilia è soprattutto importante e necessaria pel caso che taluno abbia con un suo fatto illecito danneggiata tal cosa di un altro, rispetto alla quale egli non ha punto contrattato con lui; perciocchè quando si tratti della rifazion del danno successo tra contraenti, vi è già da intentare l'azione propria dello stesso contratto. Però, se havvi un contratto, e se i fatti prestabili *ex contractu* mentre portano pregiudizio ad un de'contraenti, contraffanno altresì per conseguenza al contrattato, l'azione della legge Aquilia può essere intentata di concorso con quella risultante dal contratto, cioè può il danneggiato scegliere tra le due (3). Ma se il danno procede da una omissione illecita, la sola azione propria del contratto si ha.

§. 493. D. *Della ingiuria.*
1. *Nozione.*

Injuria, nel senso largo della parola, significa in dritto romano tutto ciò che si fa contro al diritto, *quod non jure fit* (4). In un senso più ristretto, e particolarmente rispetto all'onor dell'uomo, intendesi per ingiuria l'oltraggio e l'affronto fatti direttamente ad una persona, e che offendono o la sua dignità, o la sua reputazione (*animo injuriandi*) (5).

§. 494. 2. *Delle specie dell'ingiuria.*

L'onor dell'uomo può essere offeso con parole a voce o per iscritto, parimente che con fatti. Nel primo caso l'offesa è una *ingiuria verbale*, nel secondo una *ingiuria reale* (6); e sì l'una che l'altra possono essere secondo loro estensione, una ingiuria leggiera (*injuria levis*), o una ingiuria grave (*injuria atrox*): sopra che bisogna sempre tener conto del luogo, del tempo, e della persona (7).

§. 495. 3. *Degli effetti della ingiuria.*

L'ingiuria dà all'offeso, giusta il dritto pretorio, di poter tassare in danari l'oltraggio patito, e dimandar per rifazione del danno il pagamento di un tanto, che il giudice ad un bisogno può moderare, mediante l'azione *injuriarum aestimatoria*; la quale però si prescrive col trascorrer di un anno (8). Nel caso d'ingiuria reale, una legge Cornelia permette di proceder contro al delinquente con l'azione *injuriarum*, per lo pagamento di una

(1) § 16, cit. J.—fr. 33, § 1, ibid.—*V.* fr. 11, XIX, 5.

(2) Fr. 11, § 10; fr. 17, pr. IX, 2.—*V.* pure fr. 12; fr. 30, § 1, ibid. — fr. 17, § 3, VII, 1.—Chi non altro ha che un dritto personale in sulla cosa, non può prevalersi dell'azione della legge Aquilia, fr. 11, § 9, IX, 2; ma il padron della cosa può cedergli la propria azione, se il suo dritto tende ad acquistare la proprietà della cosa: fr. 13, § 12, XIX, 1. — Gluck, *Comm.* X, p. 374.

(3) Fr. 7, § 8; fr. 18, IX, 2. — fr. 7, § 1, XIII, 6.—fr. 34, § ult. XLIV, 7.

(4) Pr. J. IV, 4. — § 2, J. IV, 3. — fr. 3; fr. 5, § 1, IX, 2. — fr. 1, pr. XLVII, 108.

(5) Caio, III, 220.—Paolo, V, 4.—Coll. leg. Mos. II.—Inst. IV, 4.— Dig. XLVII, 10.—Cod. IX, 35.—Doneau, *Comm.* XV, 24. — Idzert Eckma, *Diss. de injuriis, præcipue de illarum poenis.* Grœning. 1809.

(6) § 1, J. IV, 4.—fr. 1, § 1, XLVII, 10.

(7) § 9, J. ibid.—fr. 7, § 7, 8, ibid.

(8) § 7, J. IV, 4. — Aulo Gellio, XX, 1.

somma di danari determinabile dal giudice, siccome pena privata: siffatt'azione, considerata come azion civile, dura trent'anni (1).

CAPITOLO III.

DELLE OBLIGAZIONI DERIVANTI DA CAUSE DIVERSE.

§. 496. *Sguardo generale.*

Le obligazioni procedenti da cause diverse (*obligationes ex variis causarum figuris*) sono le seguenti:

1. Possono esse nascere quasicchè da un contratto (*quasi ex contractu*).
2. Quasicchè da un delitto (*quasi ex delicto*).
3. Finalmente vi sono molte altre obligazioni, le quali generalmente non hanno altro motivo che la naturale equità riconosciuta dalle leggi.

TITOLO PRIMO.

DELLE OBLIGAZIONI NASCENTI QUASICCHÈ DA UN CONTRATTO.

§. 497. *Nozione di siffatte obligazioni.*

Spesso incontra che tali persone, le quali non han punto contrattato insieme, sieno nondimeno risguardate dalla legge, allorchè taluni fatti sussistono, come s'esse avessero effettivamente contrattato *(quasi contraxerint).* Pertanto, il vincolo di dritto nascente tra tali due persone e che somiglia maisempre ad una obligazion contrattata, chiamasi *obligatio quae quasi ex contractu oritur* (2). Siffatta maniera di obligazione può nascere dal maneggio de' negozi altrui senza mandato (*negotiorum gestio*); dall' amministrazione de' beni comuni, quando la comunione è avvenuta per caso (*communio incidens*); dal pagamento di quel che non si dovea (*solutio indebiti*); dalla tutela o cura; e dall'accettazione di una eredità (3).

§. 498. A. *Del maneggio degli altrui negozi* (4).
1. *Nozione.*

Il maneggio de' negozi (*negotiorum gestio*) consisle nello adoperarsi che talun faccia negli affari di un altro, senza che da questo ne abbia avuta commissione (5). Tal maneggio fa nascere tra colui che s' ingerisce nelle

(1) § 8, J. ibid. comparato col fr. 37, § 1, XLVII, 10.

(2) Inst. III, 28.—Doneau, *Comm.* XV, 14-23.—Hubner, *Diss. de nat. obligationum quæ quasi ex contr. et quasi ex del. nascuntur.* Lips. 1802. — Heilbronn, *De nat. obl. quæ quasi ex contr. nascitur.* Tr. ad Rh. 1827.

(3) Tigerstrœm, *Del dritto dotale romano*, t. 1, p. 198, annovera eziandio la *costituzion di dote.* Noi parlerem di questa più innanzi, e tratteremo pure della tutela, e dell'accettazione di una eredità: sicchè qui non ci resta da spiegare altro che le tre prime specie delle obligazioni nascenti quasicchè da contratto.

(4) Paolo, I, 4.—§ 1, J. III, 28.—Dig. III, 5. — Cod. II, 19. — Doneau, *Comm.* XV, 15-17.—Schmidt, *Diss. sistens leges quasdam potiores tit. Dig. de negot. gest.* Tubing. 1787. — Gluck, *Comm.* V, 415. — M. van de Hante Nanteuil, *Diss. de negot. gestis.* Lovan. 1828.

(5) Welcker, *Diss. exhibens interpr. Legis 9, D. de neg. gest. juncta L. 60 D. de reg. jur.* Giess. 1813. — *V.* pure la const. 3, III, 32.

faccende di un altro (*negotiorum gestor*) e costui (*dominus negotiorum s. rei gestae*) una obligazione simigliante a quella ch' è tra il mandatario ed il mandante, è regolata in generale dagli stessi principj.

§. 499. 2. *Delle condizioni del maneggio di negozi.*

Il maneggio di negozi suppone sempre un negozio *altrui* (1). Ma perchè l'obligazione tra 'l negoziatore ed il padron del negozio sia prodotta, fa luogo inoltre:

1. Che il negoziatore abbia avuto intenzione di adoperarsi per lo interesse di colui del quale ha trattato l'affare, e non punto per l'interesse suo proprio (2).
2. Ch'egli abbia operato con animo di render servigio all'altro (3).
3. Che il suo maneggio abbia fatto pro: ma non importa che il vantaggio acquistato sia dipoi stato perduto, senza sua colpa (4).
4. Finalmente, che colui del quale si maneggia l'affare, non abbia espressamente vietato il maneggio de' suoi negozi, o che per iscritto, o che in presenza di testimoni (5).

Quando queste condizioni vi sono, il maneggio obliga colui del quale si son maneggiati i negozi, quando anche di sua persona egli non fosse capace di obligarsi (6).

§. 500. 3. *Degli effetti di detto maneggio.*

Le obligazioni dell'imprenditor di negozi sono le seguenti:

1. Egli è obligato di condurre a fine il negozio da lui tolto a fare senza mandato, anche quando colui pel quale si adopera uscisse di vita infra quel tempo; e ciò sotto pena di rifare il danno e di perdere i suoi dritti d' indennità (7).
2. Egli è tenuto per qualunque colpa ed anco per la negligenza (8); ond' è obligato a pagar gl' interessi delle somme che per effetto del suo maneggio avrebbe potuto riscuotere (9).
3. Dev'egli render conto del suo maneggio e consegnare al padron dell'af-

(1) Fr. 6, § 4, III, 5. — fr. 6, pr. § 9; fr. 45, § 2, ibid.

(2) Fr. 6, § 3, ibid.

(3) Fr. 27, § 1; fr. 44, ibid. — const. 11, II, 19.

(4) Fr. 10, § 1; fr. 22, 27, pr. ibid. Nondimeno si eccettua il pupillo, il quale non è obligato inverso chi ha maneggiato i suoi negozi, se non in quanto egli ne sia diventato più ricco. — fr. 6, pr.; fr. 37, pr. ibid.

(5) Fr. 8, § 3, ibid. — fr. 40, XVII, 1. — const. 24, II, 19.

(6) Fr. 3, § 5; fr. 6, pr. III, 5.

(7) Fr. 17, § 3, XIII, 6. — fr. 21, § 2, III, 5. — const. 20, II, 19.

(8) § 1, J. III, 28. — fr. 23, L, 17. — fr. 32, pr. III, 5. — fr. 25, § 16, X, 2. — const. 20, II, 19. — Einert, *Disp. de negotiorum gestoris ad culpam leviss. praestandam obligatione*. Lips. 1767. — Duivensz, *Expl. L. 31, D. de neg. gest.* L.-B. 1800. — De Vries, *Expl. L. 20, C. de neg. gest.* L.-C. 1813. — Lœhr ed Hasse, *Della Colpa*. — Havvi nondimeno de' casi, ne' quali egli non è tenuto se non del dolo e della colpa grave, per esempio quando egli s' incarica di tale affare altrui, che senza ciò sarebbe irrevocabilmente perduto: fr. 3, § 9, III, 5. In altri casi egli è tenuto dello stesso evento fortuito, per esempio, quando egli imprende un negozio insolito e rischioso (fr. 11, ibid.), ovvero pon mano agli affari di un altro malgrado l' espresso divieto di costui: fr. 8, § 3, ibid. — const. 24, II, 19.

(9) Fr. 19, § 4, ibid. — fr. 37, § 1, ibid. — const. 24, IV, 32. S'egli ha impiegate in suo proprio uso delle somme appartenenti al padron de' negozi, deve pagarne l' interesse del dodici per cento: fr. 38, § 1, ibid. — Se ha prestati capitali senza guarentia, egli sta pagatore della sorta e degli interessi ordinari: fr. 37, § 1, ibid.

fare tutto quanto si trovi aver riscosso più che speso, e tutto ciò ch'egli ha acquistato per conto di quello (1).

4. Il padron dell'affare ha l'azione *negotiorum gestorum* per astrigner l'altro ad eseguir le sue obligazioni (2).

Dal canto suo, colui del quale altri s'è addossato l'affare, è obligato:

1. A restituire al negoziatore tutte le spese da lui fatte in suo servigio, una con gl'interessi calcolati dal tempo dello sborso (3).
2. Deve liberarlo delle obligazioni contratte per cagion di suo maneggio (4).
3. L'azione competente al negoziatore contro il padron del negoziato, chiamasi *negotiorum gestorum contraria* (5).

§. 501. 4. *Dell'azione funeraria* (6).

La cura ch'altri si pigli de' funerali di un morto, senza che colui ch'era tenuto ad incaricarsene gliene abbia dato commissione, è una particolare specie del maneggio di negozi. Chi s'è assunto questo negozio può, mediante l'azione *funeraria*, raddomandare a chi sarebbe stato in obbligo di far seppellire il morto, le spese da lui fatte per questo effetto (7): ma bisogna che la intenzion sua non sia stata di fargliene donazione (8), e che il sotterramento sia stato fatto ragguagliatamente alle facoltà del defunto, nè troppo pomposo, nè troppo meschino (9). La legge protegge cosiffatta azione di un privilegio affatto particolare; perciocchè, quando i creditori concorrono in su' beni del defunto, le spese del mortorio debbono esser pagate innanzi ad ogni altro debito (10): nel che differenziandosi quest'azione dall'azion contraria di negozi fatti, essa ha luogo anche allorquando colui ch'era in obligo di dar sepoltura al morto, avesse per avventura interdetto allo stranio d'ingerirseue (11).

§. 502. B. *Della comunione (communio incidens).*
1. *Nozione generale.*

Quando tra più persone il caso fa nascere una comunion di talune cose, senz'alcuna precedente convenzione (*communio incidens*), formasi tra di esse, quant'è a tali cose, un vincolo di dritto somigliante a quello esistente infra più socii (12). Tale è quando più persone concorrono alla stessa eredità, quando cose individuali diventan comuni di più padroni, e quando nasce comunione per la confusion de' limiti di terre e di fondi contigui, appartenenti a diversi.

§ 503. 2. *Della comunione in materia di successione e di cose individue* (13).

Quando una successione ovvero una particolar cosa è l'obbietto della co-

(1) § 1, J. III, 28.—fr. 2, ibid.
(2) § 1, J. cit.
(3) Fr. 45, ibid. — *V.* fr. 2; fr. 19, § 4; fr. 37, ibid. — const. 18, II, 19.
(4) Fr. 2, ibid.
(5) § 1, J. cit.
(6) Dig. XI, 7.—Gluck, *Comm.* XI, 766.
(7) Fr. 12, § 2, XI, 7. —Cf. fr. 14, § 6, 12, 13, ibid. Quant'è alla obligazione di sopportar le spese del funerale, *v.* fr. 12, § 4; fr. 16-23; fr. 28; fr. 31, ibid.
(8) Fr. 14, § 7, ibid. — fr. 27, § 1; fr. 44, III, 5. — const. 11, II, 19.
(9) Fr. 12, § 5; fr. 14, § 5, 6, 10, XI, 7.
(10) Fr. 13, § 1; fr. 45, ibid. —const. 22, § 9, VI, 40. — Paolo, *Sent. rec.* I, 21, § 15.
(11) Fr. 14, § 13-17, ibid. fr. 25, § 16, X, 2. — fr. 2, X, 3. — fr. 31, XVII, 2.
(12) § 3, 4, J. III, 28.
(13) § 3, 4, J. III, 28. — Dig. X, 2 e 3.

munione, ciascun coerede o compadrone ha il dritto di domandarne contro l'altro la divisione (1): il che avvenendo, il coerede o compadrone che fino allora abbia amministrato la successione o la cosa comune, è tenuto a render conto della sua amministrazione, ed a spartire proporzionatamente con gli altri tutto ciò che avesse acquistato (2). Intanto, egli è obligato di avere a' negozi comuni quella cura medesima ch'egli è solito di avere a'suoi propri (3). Ciascun de' compartecipi è dal suo canto obligato, in ragguaglio alla propria porzione, di rimborsar tutte le spese dall'altro fatte per governo della successione o della cosa comune (4): e l'azione per ciò competente, come quella che non deriva dalla volontà degli obligati, ma dalla *versio in rem (actio ex re venit)*, è parimente data contro i compartecipi incapaci di obligarsi col proprio consenso, per esempio i pupilli ed i pazzi (5).

§. 504. 3. *Della confusione de' limiti* (6).

I medesimi principj si applicano generalmente alla fortuita confusione dei limiti. In fatti, ciascun proprietario può astrigner l'altro alla assegnazion de' confini: ciascuno dee render conto all'altro dell'uso da lui fatto e dei frutti raccolti, inquantoch'egli sia tenuto a restituirli, e rifarlo di tutto il danno avvenuto per sua colpa; ma d'altro lato ha il dritto di pagar di meno ovvero farsi pagare le spese fatte a pro del compagno (7).

§. 505. 4. *Delle azioni divisorie.*

Le azioni divisorie *(judicia divisoria)* spettanti alle parti interessate nel caso di una comunione nata senza che siasi fatta società, hanno per fine di domandar la divisione della cosa comune, e la esecuzione degli obblighi derivati dall'accomunamento. Per la prima parte, esse suppongono un dritto reale in sulla cosa; quant'è alla seconda, sono esse azioni puramente personali, e possono solamente indirizzarsi contro colui nel quale l'attore riconosca un dritto in sulla cosa eguale al suo. Questa è la ragione per cui sono eziandio nominate *actiones mixtae* (8). Riguardate sotto altro aspetto, elleno si chiaman pure *judicia duplicia* (§ 202), perciocchè ciascuno dei compartecipi può esser così attore come reo (9). Alle azioni divisorie appartengono:

1. L'azione *familiae erciscundae*, con la quale si domanda la division di una successione comune e l'eseguimento delle obligazioni additate nel § 503.

— Cod. III, 36-38. — Gluck, *Comm.* XI, § 725-40.

(1) Il dritto di giudizialmente procedere per lo spartimento di una cosa o di una successione comune, nasce dal dritto medesimo di compadrone o di coerede. Noi non d'altro parliamo qui, che delle obligazioni personali derivanti dalla comunione.

(2) Fr. 19, X, 2. — *V.* fr. 6, § 2, X, 3.

(3) Fr. 25, § 16, X, 2. — fr. 20, X, 3.

(4) Const. 18, § 1, III, 36. — fr. 18, § 3, X, 2. — fr. 4, § 3; fr. 14, § 1; fr. 29, pr. X, 3.

(5) Fr. 46, XLIV, 7.

(6) Dig. X, 1. — Cod. III, 39. — Gluck, *Comm.* I, § 714. — Trotz, *De termin. modo.* Traj. ad Rh. 1730. — Saxius, *Diss. ad Legem Maniliam finium regundorum.* Tr. ad Rh. 1779; Lips. 1782. — Reinhard, *Diss. de fin. reg.* Erford. 1781. — Sopra il fr. 13, X, 1, *v.* Rosen, *Fragmenti Gajani de jure confinium quod extat in L. ult. D. fin. reg. interpretatio.* Lemgov. 1831.

(7) Fr. 4, § 1, 2, X, 1. — const. 1, VII, 51.

(8) § 20, J. IV, 6. — fr. 1, X, 1. — fr. 22, § 4, X, 2. — fr. 1, X, 3. — Teofilo, sul § 20 cit. — *V.* però più sopra, § 204, 3.°

(9) Fr. 10, X, 1. — fr. 2, § 3, X, 2. — fr. 2, § 1, X, 3. — fr. 13, V, 1. — In tal senso, essechiamansi parimente *actiones mixtæ* in cambio di *judicia duplicia*: per esempio, fr. 37, § 1, XLIV, 7.

2. L'azione *de communi dividundo*, con cui si cerca lo spartimento di una particolar cosa e la esecuzione delle stesse obligazioni testè mentovate.
3. L'azione *finium regundorum*, con la quale si chiede la limitazione di due terre contigue, ed al bisogno i danni ed interessi (§ 504) (1).

§. 506. C. *Del pagamento indebito.*
1. *Nozione.*

Il pagamento di ciò che non era dovuto (*solutio indebiti*) produce egualmente una obligazione quasicchè da un contratto. In fatti, chi per errore ha dato altrui cosa, a dar la quale non era obligato, può raddomandarla come s'ei gliel'avesse solamente prestata (2). L'espressione *solutio indebiti* è qui usata in senso molto esteso, e comprende altresì i casi in cui taluno ha adempiuto a pro di un altro un fatto *indebito* (3), o pigliato sopra di sè un debito senza che a ciò fosse obligato (4), oppur rinunziato a un diritto o rimesso un debito (5), riputando che di ragione vi fosse tenuto.

§. 507. 2. *Delle condizioni di tale obligazione.*

Le condizioni richieste per dar luogo a siffatta obligazione ed alla *condictio indebiti*, sono:

1. Che ciò ch'è stato pagato o adempiuto non si doveva (6). Pertanto, colui il quale era naturalmente obligato, non può ridomandare il già pagato (7): ed il medesimo è di chi paga prima del termine o dello evenimento della condizione, s'egli al tempo del pagamento era certo che il giorno verrebbe o che la condizione s'effettuerebbe (8). Ma il pagamento indebito accade, quando noi paghiamo quello che un altro deve, o quando paghiamo a tale, che non sia nostro creditore (9).
2. Bisogna che il pagamento siasi eseguito per errore di fatto; e la pruova di tale errore s'aspetta a chi sostiene di avere indebitamente pagato, salvo ch'egli non sia di quelle persone, a favor delle quali l'errore si presume (10) (11). Pertanto, colui che ha pagato scientemente o per errore di

(1) Della prescrizione delle azioni divisorie: Bruno Castendyck, *De eo quod justum est circa præser. in judiciis divis.* Gœtt. 1792.

(2) Caio, III, 91. — § 6, J. III, 28. — § 1, J. III, 15. — Dig. XII, 6. — Cod. IV, 5. — Doneau, *Comm.* XIV, 11-19. — Idem, *Ad tit. C. de condict. indebiti.* — Gluck, *Comm.* XIII, § 827. — Rosshirt, *Diss. de legit. condict. indebiti fundamento.* Erlang. 1818. — Ledure, *De cond. ind.* Leodii, 1821. — Dubus, *De cond. ind.* Lovan. 1825. — Sybkens, *De cond. indeb.* Grœning. 1825. — Van Renynghe, *Spec. de cond. indeb.* Gandavi, 1826. — Ackermans, *Diss. de eo quod tanquam indebitum condici nequit.* L.-B. 1810, e 1830. — Sell, *De condictionibus quæst. duæ.* 1834.

(3) Fr. 26, § 12; fr. 40, § 2, XII, 6.

(4) Fr. 31, ibid. — const. 3, IV, 5.

(5) Fr. 39; fr. 22, § 1, ibid.

(6) Fr. 22, pr.; fr. 37, 40, XII, 6. — fr. 16, § 1, XVI, 1. — fr. 45, pr. L, 17. — const, 18, IV, 32. — const. 3, III, 43.

(7) Fr. 13; fr. 26, § 9; fr. 38, pr.; fr. 40, pr. XII, 6. — fr. 9, § 4, 5; fr. 10, XIV, 6. — fr. 7, § 4, II, 14. — fr. 5, § 2, XLVI, 3. — Quanto alla difficoltà di quel luogo «*frater a fratre*» del fr. 38, pr. XII, 6, vedi Gluck, *Comm.* XIII, p. 88.

(8) Fr. 10, 17, 18, ibid. Ma s'è ancora incerto se la condizione avverrà, vi ha luogo a ridomandare: fr. 16, pr. ibid.

(9) Fr. 65, § 9; fr. 19, § 1; fr. 22, pr. XII, 6. — const. 8, IV, 5.

(10) Fr. 25, pr. § 1, XXII, 3.

(11) Come a dire il pupillo. il minore, la donna, il soldato, l'agricoltore, o qualunque altro inesperto delle cose forensi, o anche delle cose tutte del secolo, quali si suppongono i monaci. Da siffatte persone infuori, si usava questo temperamento, che se colui il quale era richiesto dell'indebito ricevuto, negava di aver ricevuto, e pur constava del contrario, era tenuto egli a provar che quello che avea ricevuto si gli si dovea, perchè si vedea ch'era bugiardo: se invece da principio

dritto, mentrechè non era obligato, non può ridomandar quello ch' egli ha pagato (1). Nondimeno soffre questa regola eccezione, quando uno ha pagato per effetto di una obligazione al tutto riprovata (*plene reprobata*) (2); ovvero quando il pagamento è stato fatto da tale che non potea validamente pagare, come a dir da un pupillo (3); o pur quando le leggi antorizzano la richiesta del già pagato anche allorchè niuno errore vi abbia, o almeno solamente errore di dritto (4).

3. È similmente richiesto che colui al quale il pagamento è stato fatto, lo abbia ricevuto di buona fede; perchè s' egli sapea che nulla gli si dovea, e nondimeno ha accettato, egli è generalmente risguardato per ladro, e come tale obligato (5).

§. 508. 3. *Della* condictio indebiti.

L'azione prodotta dal pagamento indebito (*solutione indebiti*), la qual si propone la restituzion di quello che non era dovuto, chiamasi *condictio indebiti*. Con essa:

1. Nel caso che siasi indebitamente data una cosa, si ridomanda la cosa medesima o il suo valsente, oppure altrettanta quantità di cose fungibili, oltre a' frutti ed alle accessioni della cosa (6): ma non si possono pretendere interessi per quel tempo che ha preceduto l' esercizio dell' azione (7), e generalmente colui che ha ricevuto la cosa può solo essere astretto a restituir tanto, di quanto egli trovisi più ricco al tempo della dimanda (8). Egli ha parimente il dritto di chieder la rimborsazione delle spese fatte per la cosa (9).

2. Quando alcuno ha indebitamente data sicurtà, o pur francato un altro dal darla a lui, l' azione tende allo scioglimento della sua cauzione, o pure al ristabilimento della altrui (10).

3. Similmente, quando siasi indebitamente fatta rinunzia ovvero remissione di un dritto o di un credito, l' azione ha per fine di farlo ristabilire (11).

3. Quand' uno s' è indebitamente obligato al pagamento di un debito, la detta azione serve a fare annullar l' obligazione e restituire il chirografo (12).

5. Da ultimo, quando la indebita prestazione sia stata di fatti, si domanda di esserne ristorato in danari (13).

confessava di aver ricevulo, la prova di pagamento indebito spettava al richiedente, perchè si presume generalmente che nessuno paghi senza cagione, massime poi se il pagatore fosse uomo diligente ed accurato padre di famiglia, *cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse.* (*Trad.*)

(1) Fr. 1, § 1, XII, 6. — fr. 53, L, 17. — const. 10, I, 18. — *V.* fr. 2, pr.; fr. 26, § 2; fr. 65, § 2, XII, 6. — const. 6, 7, 9, pr. IV, 5. — const. 9, 10, VI, 50. — Frick, *Diss. de indebitum solvente per ignorantiam juris civilis ad indebiti condictionem admittendo.* Helmst. 1778.

(2) Fr. 23, § 2, XII, 6. — const. 9, 4, 29. — const. 3, III, 43.

(3) Fr. 29, XII, 6.

(4) Per es: const. 36, § 2, VIII, 54.

(5) Fr. 18, XIII, 1. — fr. 43, pr. § 1, XLVII, 2. — fr. 38, § 1, XLVI, 3.

(6) Fr. 7; fr. 15, pr. XII, 6.

(7) Const. 1, IV, 5. — Zoller, *Diss. utrum per condict. indeb. repeti possint usuræ.* Lips. 1708; il qual autore professa il contrario.

(8) Fr. 3; fr. 32, pr. XII, 6.

(9) Fr. 65, § 5, ibid.

(10) Fr. 31, 39, ibid. — fr. 1, pr. XXXVI, 4.

(11) Fr. 22, § 1, XII, 6.

(12) Const. 3, IV, 5.

(13) Fr. 26, § 12; fr. 40, § 2, ibid.

TITOLO II.

DELLE OBLIGAZIONI NASCENTI QUASICCHÈ D'UN DELITTO.

§. 509. *Nozioni di tali obligazioni.*

A quel modo che le obligazioni formantisi quasicchè per un contratto rassomigliano a quelle nascenti da' contratti, così pure le obligazioni procedenti quasicchè d'un delitto hanno analogia con quelle derivate da' delitti, inquantochè parimente esse hanno in mira la rifazione del danno arrecato ed una pena privata. Vero è ch'esse poggiano maisempre sopra fatti illeciti; ma non son questi de' veri delitti come gl' intendevano i Romani, o almeno, giusta i generali principj, non facevano essi nascere quella obligazione che per disposizion delle leggi conseguir doveva a' delitti (1).

§. 510. I. *Di quando uno è tenuto del fatto illecito di un altro.*
A. Effusum et dejectum.

Vi son casi ne' quali uno è tenuto del danno cagionato dal fatto illecito di un altro, benchè non v'abbia avuta parte alcuna; conservando però un regresso contro l'autore del danno. Questi casi son due.

Il primo è quando taluno, spargendo o gittando fuori per le finestre rispondenti in sulla pubblica via qualche cosa, senza precedente avvertimento, faccia danno a qualcheduno: nel qual caso l'offeso può, senza rintracciare il delinquente, intentar contro all'abitator della stanza, o che sua propria o che tolta a fitto, l'azione *de effusis et dejectis*; la quale appo i Romani, oltre al risarcimento, esigeva la pena del doppio (2). Essendovi più abitanti, sono tutti tenuti in solido (3).

§ 511. B. Damnum in navi vel caupona datum.

Quando la roba di un viaggiatore è stata sottratta o danneggiata in una nave o in uno albergo da' famigli del capitano o dell'oste, il proprietario può procedere per la rifazion del danno patito contro al capitano ovvero all'oste, i quali sono sicurtà per le persone di cui si servono, e può anco esiger la pena del doppio (4). Ma più padroni della stessa nave o dello stesso albergo sono soltanto tenuti per la parte che ciascuno vi abbia (5).

§. 512. II. *De' casi in cui l'uomo è tenuto del fatto suo proprio, quasicchè di delitto.*
A. Judex qui litem suam facit.

Altri casi vi ha, in cui l'uomo è veramente tenuto del proprio suo fatto illecito, ma solamente *quasi ex delicto*, perchè nessuna legge non novera cotal fatto infra' delitti. Anche questi casi son due.

(1) Inst. IV, 5, e Teofilo ivi.—Doneau, *Comm.* XV, 42.

(2) § 1, 2, J. IV, 5.—fr. 1, pr. § 4; fr. 6, § 2, IX, 3.—Gluck, *Comm.* X, § 706.

(3) Fr. 1, § 10; fr. 2, 3, ibid.—Cf. fr. 5, pr. ibid.

(4) § 3, J. IV, 5.—fr. 7, pr. § 1, IV, 9.—fr. 5, § 6, XLIV, 7. Quest'azione *quasi ex delicto nautarum etc.*, la qual era penale, non vuol esser confusa con quella *de recepto*, onde s'è detto nel § 469.

(5) Fr. 7, § 5, IV, 9.

Il primo è quando un giudice a malizia o per una madornale imprudenza giudica a torto: nel qual caso dicesi ch' egli fa sua la lite (*litem suam facit*) (1), e dietro richiamo della parte iesa ei può, quando alcuna difesa più non abbia, esser condannato alla riparazion del danno e ad una pena lasciata all' equità del giudicatore (2).

§. 513. 13. *Positum aut suspensum.*

Il secondo caso è quando taluno in una strada frequentata pone o sospende al difuori di una casa tal cosa, che cadendo può nuocere. Chiunque si accorga di una tal cosa pericolosa, può intentar l' azione *de positis et suspensis* acciò quella sia tolta, e colui che l' ha posta fuori o lasciato che la si ponesse, sia condannato a una pena privata di dieci soldi d' oro (*aurei*). Ma quest'azione non è data contro il semplice abitatore del luogo (3) (4).

TITOLO III.

DI DIVERSE ALTRE OBLIGAZIONI.

§. 514. *Sguardo generale.*

Oltre alle obligazioni nascenti quasicchè da un contratto e quasicchè da un delitto, la classe delle obligazioni derivanti da diverse altre cause (*ex variis causarum figuris*) comprende ancora differenti altre obligazioni, le più notabili infra le quali son queste:

1. L' obligazion generale di adempier ciò ch' è stato conciuso da persone poste o in nostra vece o sotto la nostra potestà (§§ 515-17).
2. L' obligazion di restituire *ob causam*. Abbiamo già veduto quel che concerne la *causa indebiti et datorum*, ondechè solo ci resta ad esaminare i casi *ob causam turpem* ed *injustam* (§§ 518, 19), i quali possono eziandio dirsi *sine causa*.
3. L' obligazione tendente alla presentazion di un atto o di una cosa (§ 520).
4. L' obligazione di risarcire il danno avvenuto, segnatamente quello sofferto per getto di merci in mare (*jactus*, § 521), o da bestie (*noxa*, *pauperies*, § 522), parimente che quella di dare sicurtà pel risarcimento di un danno imminente (*damnum infectum*, § 523).

§. 515. 1. A. *Dell' azione esercitoria* (5).

Colui che allestisce una nave (*exercitor navis*, armatore) per trafficare e

(1) Dicesi che il giudice fa sua la lite perch' egli si sottopone al pericolo di quella, ed è costretto a pigliar sopra sè la causa di quella parte in favor della quale ha pronnunziato, e difenderla come sua propria. In somma, perch' egli di giudice diventa reo. (*Trad.*)

(2) Caio, IV, 52.—pr. J. IV, 5.—fr. 6, L, 13.—fr. 5, § 4, XLIV, 7.—fr. 15, 16, V, 1.—Cod. VII, 49.—Lœhr, *Della colpa*, p. 195.

(3) § 1, J. IV, 5.—fr. 5, § 6, 9-13, IX, 3.—Gluck, *Comm.* X, § 699.

(4) Come s' è visto osservato nell'azione *de effusis et dejectis* (§ 510). Ma quando si voleva proceder pel male fatto dalla caduta di una cosa poggiata o sospesa al di fuori di qualsivoglia edifizio, si doveva cercare il vero reo di siffatta contravvenzione all' Editto: « Si id quod positum erat, deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit, etc.» Ulpiano. (*Trad.*)

(5) Caio, IV, 71.—§ 2, J. IV, 7.—Dig. XIV, 1.—Cod. IV, 25.—Pockius, *Comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam per-*

navigare (1), diventa obligato per le convenzioni che il capitano (*magister navis*) ed i suoi sostituti fanno relativamente alle faccende del naviglio (2). Il capitano è quello a cui l'armatore ha confidato il governo e la guardia del bastimento, ed i sostituti del capitano del tutto il rappresentano, sì veramente che non abbian oltrepassato gli ordini suoi (*lex praepositionis*). Chi per tal modo si obliga può esser richiesto con l'azione *exercitoria*, come s'egli medesimo avesse contrattato (3). Quando gli armatori son più, essi sono obligati in solido, sotto riserva della eccezione di divisione (4), ma i loro eredi sono tenuti solamente ciascuno per la sua porzione (5). Fintantochè il capitano occupa il suo impiego, può egli esser convenuto per eseguir co' danari dell'armatore le obligazioni per costui contratte (6). Ma cessato il suo impiego, nessun' azione non può più esser mossa contro di lui, se non nel caso che per un motivo qualunque egli si fosse personalmente obligato (7). Dirincontro, l'armatore può convenire un terzo relativamente alle convenzioni concluse tra 'l capitano e lui per gli affari del bastimento (8).

§. 516. B. *Dell'azione institoria.*

Gli stessi principj si applicano al capo di un negozio (*dominus tabernae s. negotiationis*), il quale abbia posto in suo luogo un sopracciò (*institor*), confidandogli o tutta la direzion del suo traffico, o soltanto una parte. Egli è obligato per le convenzioni del suo agente co' terzi, e può esser richiesto mediante l'azione *institoria* (9). Ma questa regola si applica solamente agli affari effettivamente affidati al soprantendente, e si suppone sempre ch'egli abbia operato *secundum legem praepositionis* (10). A questo poi non è permesso di metter altri in suo luogo, se ciò gli è stato espressamente interdetto (11). Il principale può dal canto suo procedere contro i terzi per le convenzioni concluse col suo fattore (12).

§. 517. C. *Dell' obligazione contratta dal padre di famiglia per mezzo del suo figliuolo.*

La regola del roman dritto è, che il padre acquista mediante le convenzioni del figliuolo sottoposto alla sua potestà, ma il figliuolo non obliga il padre (13). Siffatta regola però soggiace, per particolari ragioni, a talune eccezioni:

1. Quando il figliuolo ha contrattato con un terzo per ordine del padre,

tinentes, cum not. A. Vinnii. Amst. 1668, p. 69-187. — Frick, *Diss. de act. exercitoria*. Helmst. 1793. — Van Hasselt, *Diss. de act. exerc.* L.-B. 1820.

(1) Poco importa se il naviglio appartenga all'armatore o pur no: fr. 1, § 15, XIV, 1.

(2) Fr. 1, § 1, 5, ibid. Il capitano può metter altri in suo luogo, anche quando ciò gli sia vietato: fr. 1, § 5, cit. in fine.

(3) Fr. 1, § 7, 12, ibid. — § 2, J. IV, 7. — Michaëlis, *Diss. de lege praepositionis*. Lips. 1804. — Tannoy, *An et quousque exercitores navium ex magistrorum factis obligentur*. L.-B. 1802. — Van Hall, *Diss. de magistro navis*. Traj. ad Rh. 1822.

(4) Fr. 1, § 25, ibid.

(5) Fr, 14, XIV, 3.

(6) Fr. 1, § 17, XIV, 1.

(7) Fr. 67, III, 3. — Arg. fr. 1, § ult. XV, 4. — fr. 15, 19, XLVI, 8. — fr. 6, § 1, 2; fr. 57, § 1, XII, 6.

(8) Fr. 1, § 18, XIV, 1. — fr. 1, 2, XIV, 3. — fr. 13, § 25, XIX, 1.

(9) Caio, IV, 71. — Paolo, II, 8. — § 2, J. IV, 7. — Dig. XIV, 3. — Cod. IV, 25. — Gluck, *Comm.* XIV, § 891.

(10) Fr. 5, § 11-15, XIV, 3.

(11) Fr. 1, § 5, XIV, 1.

(12) Fr. 1, 2, XIV, 3. — fr. 13, § 25, XIX, 1.

(13) Pr. § 1, J. II, 9. — pr. J. III, 29. — fr. 39, XLIV, 7. — fr. 5, pr. XIV, 5. — Cod. IV, 26.

questi può esser richiesto a pagare tuttoquanto il debito contratto dal figliuolo, mediante l'azione *quod jussu* (1).

2. Quando il padre ha dato un peculio a suo figlio, è tenuto delle convenzioni da costui fatte, anche senza sua saputa, fino alla quantità del peculio: al qual effetto può esser convenuto con l'azione *de peculio*, ma egli ha il dritto di pagarsi primieramente de' propri suoi crediti (2).

3. Quando il padre ha autorizzato il figliuolo a trafficar le mercanzie comprese nel peculio profettizio, egli è similmente tenuto per le convenzioni fatte dal figliuolo, ed i creditori possono col mezzo dell'azion tributoria (*actio tributoria*) astrignerlo a spartir proporzionatamente con essi le mercatanzie in essere, senza ch'egli neppure abbia il privilegio di esser pagato innanzi a loro (3).

4. Quando l'obbietto della convenzione dal figliuolo fatta con un terzo è ridondato in profitto del padre (*in rem patris versum*), questi è tenuto al pagamento de' debiti dal figliuolo contratti, ma per non più di quanto ha profittato; e l'azione che il creditore ha contro di lui, è quella *de in rem verso* (4). In generale, noi non siamo obligati pel contratto di un terzo, se non quando egli ha contrattato come nostro *negotiorum gestor* (5); avvegnachè il vantaggio derivante da una convenzione, il quale fortuitamente ridondi in nostro pro, non basti per produrre la detta azione (6). Tutte le azioni da noi fin qui mentovate (§ 515 517) si chiamano oggi *actiones adjectitiae qualitatis*: esse sono solamente specificate pel nome dell'azione prodotta dalla convenzione (7), per esempio *actio emti venditi institoria* (8).

§. 518. II. A. Condictio sine causa (9).

Quando una cosa è stata data a tale, che fin dal principio non avea dritto alcuno di averla, o che tal dritto ha perduto dipoi, essa può esser ridomandata una co' suoi frutti, accessioni ed interessi (10), con la *condictio sine causa*, in mancanza di altr' azione (11).

§. 519. B. Condictio ob turpem causam (12).

La cosa data per un motivo vergognoso per chi l'ha accettata, o per un

(1) Caio, IV, 70.— pr. § 1, J. IV, 7.— Dig. XV, 4; XIV, 5.—const. 13, IV, 26. —Cod. Th. II, 31.—Gluck, *Comm.* XIV, § 919.

(2) Caio, IV, 73.—Cod. Gregor. III, 6. — Cod. Th. II, 32. — § 4, J. IV, 7. — § 36, J. IV, 6.—Dig. XV, 1. — const. 1, 2, IV, 26. — Quant'è al fatto del figliuolo non autorizzato dal padre, questi non n'è tenuto se non in quanto ne sia diventato più ricco: fr. 58, L, 17.—fr. 3, § 12, XV, 1.— *V.* in generale: Doneau, *Comm.* XV, 50. — Gluck, *Comm.* XIV, § 902 e 13. — Keller, *Comm. ad L. 32, Dig. de peculio.* Gœtt. 1823.

(3) Caio, IV, 72.—§ 3, J. IV, 7.—Dig. XIV, 4. — fr. 11, § 7, XIV, 3. — fr. 5, § 15, 16, XIV, 4. — Gluck, *Comm.* XIV, § 894.

(4) Caio, IV, 73, 74.— § 4, J. IV, 7.— Dig. XV, 3. —const. 3, IV, 26.— Paolo, II, 9. — Gluck, *Comm.* XIV, § 914.

(5) § 4, J. IV, 7. — const. 7, § 1, IV, 26. — Seuffert, *Diss. de eo quod justum est circa de in rem verso actionem.* Wirceb. 1822.

(6) Fr. 49, XII, 6. — const. 8, IV, 34. — const. 15, IV, 2. — const. 13, IV, 10.

(7) Fr. 5, § 1, XIV, 1.

(8) Fr. 5, § 12, XIV, 3.

(9) Dig. XII, 7. — Cod. IV, 9.—Gluck, *Comm.* XII, § 836.

(10) Arg. fr. 50, pr. XXIII, 3.—fr. 32, XII, 1.

(11) I seguenti luoghi ne somministrano degli esempli: fr. 29, XII, 6. — fr. 50, XXIII, 3. — fr. 5, § ult.; fr. 6; fr. 33, § 1; fr. 39; fr. 48, XXIV, 1. — const. 4, IV, 9. – const. ult. VIII, 43. — const. 2, 3, VIII, 55.

(12) Dig. XII, 5.—Cod. IV, 7.—Doneau, *Comm.* XIV, 25. — Gluck, *Comm.* XIII, § 825.

fine in sè stesso vergognoso *(turpiter acceptum)*, può esser ridomandata dal datore, senza interessi (1), mediante la *condictio ob injustam s. turpem causam* (2). Se la turpitudine cade soltanto nel datore, egli non può ridomandare il dato *(turpiter datum)* (3): come pure nol può, quando la turpezza è scambievole *(turpiter datum et acceptum)* (4).

§. 520. III. Actio ad exhibendum.

Spesso talun possiede un atto o una cosa che tal altro ha interesse di esaminare prima d'intentare un'azione, per convincersi o che la cosa è quella ch'egli intende di ricuperare, o che l'atto gli dà veramente il dritto ch'egli pretende. Può questi in tal caso, facendo constare il suo interesse, intentar l'azione *ad exhibendum* ed astrignere il possessor della cosa o dell'atto a comunicarglielo perch'ei possa esaminarlo (5). Le spese della comunicazione son dovute da chi la domanda (6). L'azione *ad exhibendum* si applica eziandio al caso in cui due cose di differenti padroni sono insieme unite per modo, che sia possibile il separarle senza danneggiarle: nel qual caso il possessor dell'aggregato, richiestone dall'altro padrone, è tenuto di lasciar che la separazione si faccia, perchè ciascuno sia posto in possesso del suo (7).

§. 521. IV. A. Lex Rhodia de jactu (8).

Quando per salvare una nave dal pericolo di andare a fondo si facea getto di parte delle merci in essa trasportate, a fin di conservare, se possibil era, il restante; o quando in siffatta occorrenza le merci non gittate in mare avean patito danno, i proprietari delle merci gittate ovvero deteriorate potevano esigere, mercè la *Lex Rhodia de jactu*, una proporzionata restituzione (9). Ecco alcune regole sopra ciò:

1. Quelli i quali son tenuti di contribuire al risarcimento del danno sofferto, il sono solamente per la propria lor parte, nè alcuno sta pagatore della altrui (10).

2. Nel calcolar la riparazion del danno proporzionata, devesi considerare in quanto alle merci gittate in mare il prezzo di compera, in quanto alle cose salvate, il loro prezzo probabile di vendita (11).

3. Se la nave, malgrado il getto fatto, è perita nella stessa fortuna, la dimanda di risarcimento si estingue; ma essa sussiste se la nave salvata dalla corsa fortuna, è poi perita in un'altra (12).

4. Nondimeno, in dritto romano, colui che avea sofferta una perdita per

(1) Const. 4, IV, 7.
(2) Fr. 1, 2; fr. 4, § 2, XII, 5.
(3) Fr. 4, § 3, ibid.
(4) Fr. 3, ibid.
(5) Dig. X, 4. — fr. 1, pr. XLIII, 5. — Dig. II, 13. — Cod. III, 42.— II. 1.-VIII, 7. — Doneau, *Comm.* XX, 9; XIII, 6-8. — Glück, *Comm.* XI, § 741. — Einert, *Tract. de act. ad exhibendum.* Lips. 1816.
(6) Fr. 11, § 2, X, 14.
(7) Fr. 6, ibid.
(8) Paolo II, 7.—Dig. XIV, 2.—Pekins, *Comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes*, cum notis A. Vinnii, p. 188.—Glück, *Comm.* XIV, § 883.—Klugmann, *Diss. de lege Rhodia de jactu.* Gœt. 1817. — Tromper, *De lege Rh. de jactu.* Lov. 1827. — T'Serstevens, *De lege Rhodia de jactu.* Lov. 1826.—Spanoghe, *Diss. de lege Rhodia de jactu.* Gandav. 1830.
(9) Fr. 1, XIV, 2. « Lege Rhodia cavetur ut si levandæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. » fr. 4, § 2, ibid. — Lo stesso principio si applica al caso che la nave sia stata salvata da un altro pericolo col sacrifizio di parte del suo carico; per esempio quando è stata redenta dalle mani de'corsali: fr. 2, § 3; fr. 4, pr. ibid.
(10) Fr. 2, § 6, ibid.
(11) Fr. 2, § 4, ibid.
(12) Fr. 4, § 1, ibid.

lo getto, avea solamente il dritto, quand'egli avea promesso un nolo, d'intentare un'azione *ex locato* contro il capitan del bastimento; il quale aveva poi suo regresso avverso il padrone delle merci salvate, e potea richiederlo con l'azione *conducti* (1).

§. 522. B. Noxa et pauperies.

Il pregiudizio a talun fatto dallo schiavo di un altro, dicesi *noxia*, e lo schiavo, autor del nocumento, *noxa*. Il costui padrone è tenuto a riparare il danno cagionato, ma può liberarsi con dare lo stesso schiavo (*noxae deditio*) (2).

Quando un animale ha recato danno, si ha per principio che il proprietario dell'animale è tenuto a risarcirne (3). Nonpertanto, egli è solo tenuto inquantochè può rimproverarsi una colpa, allorchè l'animale era salvatico (4); ed allorchè questo era dimestico, inquantoch'esso ha nociuto senza eccitazione. Ancora, si richiede che il fatto sia diverso da quelli ordinari a tutta la specie dell'animale (*contra naturam sui generis*). Un danno così fatto si chiama *pauperies*, e l'azione per tal conto usata contr'al padron dell'animale, *actio de pauperie* (5). L'azione è diretta quando l'animale era un quadrupede, utile rispetto ad ogni altro animale (6); e giusto la regola, *noxa sequitur caput*, essa è indirizzata contro chiunque sia padron dell'animale al momento della dimanda, non mica a quello del nocumento (7). In tutti i casi, il proprietario ha la scelta o di rifare il danno cagionato dalla sua bestia, o di consegnar questa medesima al danneggiato (*noxae dare*) (8). Però, siffatto dritto egli perde quando scientemente nega che la bestia sia sua, e deve senz'altro riparare il danno (9). D'altra parte, la detta obligazione s'estingue se l'animale muore innanzi che l'azione sia intentata (10).

§. 523. C. Damnum infectum (11).

Quando il proprietario di una cosa o colui che la possiede per virtù di un dritto reale (12), ha ragion di temere un danno per la caduta del vicino edifizio minacciante rovina, egli ha il dritto di domandare una cauzione pel soprastante danno (*cautio damni infecti*) (13) al proprietario dell'edifizio, o a chi lo possegga per virtù di un dritto reale (14); se il proprietario è incerto, a qualsisia possessore (15). Quando la cauzione non è data, egli ha

(1) Fr. 2, pr. ibid.

(2) Caio, IV, 75-79.—Inst. IV, 8.—Dig. IX, 4. — Gluck, *Comm.* I, § 71 e seg. — Zimmern, *Sistema delle azioni nossali de' Romani*. Heidelb. 1818, e la sua *Ist. del dritto*, t. 1, § 191.

(3) Inst. IV, 9. — Dig. IX, 1.

(4) Fr. 1, § 10, IX, 1. — pr. J. IV, 9.

(5) Fr. 1, pr. § 2, 3, 12, 17, ibid. — *V.* fr. 52, § 2, IX, 2.

(6) Fr. 4, IX, 1. Colui che, non avendone dritto, ha menato il suo bestiame in sul fondo altrui, può esser perseguito con l'azione *de pastu pecoris*; ma s'ei l'ha menato in sul proprio suo fondo per pascersi di cose per avventura appartenenti ad altrui, può contro di esso intentarsi un'azione *in factum*: fr. 14, § 3, XIX, 5.

(7) Fr. 1, § 12, IX, 1.

(8) Fr. 1, pr. § 14, IX, 1.

(9) Fr. 1, § 15, ibid.

(10) Fr. 1, § 13, ibid.

(11) Dig. XXXIX, 2. — Westphal, *De libert. et servit. prædiorum*, p. 156. — Weiske, *De damno infecto ex soli vitio*; nelle sue *Quæst. jur.* p. 1.

(12) Fr. 11; fr. 13, § 9, ibid. Nel primo di questi luoghi *item* è posto invece di *id est*: e similmente hassi ad intendere il secondo. Reizenstein, *Diss. num bonæ fidei possessori deneganda sit damni infecti stipulatio.* Monachi, 1830.

(13) Del modo di dar cauzione, *v.* il fr. 30, § 1, ibid.

(14) Fr. 13, § 1; fr. 19, pr. ibid.

(15) Fr. 39, § 1, ibid.

il dritto di domandar la *missio ex primo decreto*, mediante la quale ottiene la detenzion della cosa ed un dritto d'ipoteca o di pegno pretorio: se neppur questo è bastante, ha luogo ivi a qualche a tempo la *missio ex secundo decreto*, ed il creditore ottiene la proprietà dell' edifizio, se l' avversario n' era proprietario; se no, il possesso appropriato alla usucapione (1).

SEZIONE III.

Della estinzione delle obligazioni.

CAPITOLO PRIMO.

DELLA ESTINZIONE DELLE OBLIGAZIONI, DI PIENO DRITTO.

§ 524.

Il dritto romano faceva una essenzial distinzione infra le obligazioni estinguentisi di pieno dritto, e quelle che si estinguon solamente per mezzo di eccezione: *Obligatio tollitur aut ipso jure, aut per exceptionem*.

L' obligazione estinguevasi di pieno dritto (*ipso jure*), allorchè la causa estintiva distruggea l' obligazione, e che di ragion civile nessun' azione poteva esser più data: tra siffatte cause si contano il *pagamento* (*solutio*), la *novazione* (*novatio*), e l' *accettilazione* (*acceptilatio*).

L' obligazione estinguevasi per via di eccezione (*per exceptionem*) quando essa continuava in ragion civile, ma il pretore dava al debitore una eccezion perpetua da opporre all' azione. Così, per uno esempio, quando un debito era stato rimesso con accettilazione, l' obligazione era estinta, nè alcun' azione poteva più essere intentata in dritto civile: quando per contrario il debitore era liberato solamente per un patto *de non petendo*, o quando egli aveva a petizion del creditore giurato di niente dovere, il debito non era estinto di pieno dritto, ma l' azione tuttora ammessa in dritto civile, poteva essere sventata con la eccezione *pacti conventi* ovvero *jurisjurandi praestiti*.

Il vocabolo *solutio*, nel suo più ampio significato, esprime lo scioglimento del legame che costituiva l' obligazione, e quindi la liberazion delle persone disobligatesi per qualsivoglia modo. La medesima espressione, alquanto meno estesa, indica la liberazione ottenuta mediante l' adempimento stesso della obligazione. Finalmente, nel suo proprio e più stretto senso, essa significa l' adempimento della speciale obligazione di *dare*.

La *solutio ipso jure* è *reale* o *fittizia*: è reale per la prestazione effettiva dell' obbietto della obligazione, ovvero di *id quod interest*, là dove siffatta prestazione è possibile o dovuta; la fittizia può solamente accader nelle obligazioni nascenti da contratti, giusta il principio: *Quo modo obligatio contrahitur, eodem solvitur* (2). Con ciò si spiega altresì la stipulazione Aqui-

(1) Fr. 7, pr.; fr. 13, § 16, 17; fr. 18, § 15, ibid. — fr. 3, § 23, XLI, 2.

(2) Fr. 35, L, 17. — fr. 153, ibid. — fr. 30, XLVI, 3.

liana (1); con la quale, infatti, si opera novazione di ogni obbligazione, trasformandola in obligazion verbale, per estinguerla poi mediante accettilazione (2). Il *mutuus dissensus* vale il medesimo ne' contratti consensuali: per esso l'obligazione si estingue, appunto come se fosse stata realmente eseguita (3).

§. 525. 1. *Del pagamento.* A. *Rapporto alle persone.*

Il pagamento (*solutio*, nel senso ristretto) (4) si fa dando ovvero rilasciando al creditor che lo accetta, ciò ch'è l'obbietto della obligazione (*praestatio ejus quod est in obligatione*). In ordine alla persona, ogni pagamento per esser valido dev'esser fatto da persona capace di alienare (5). A tal condizione, il pagamento fatto da un terzo per conto del debitore, anche senza costui saputa e mal suo grado, purchè il pagatore abbia avuto intenzione di liberare il debitore, è valido, se il creditore lo accetta (6). Il pagamento poi dev'esser fatto al vero creditore o al suo mandatario (7): ma bisogna sempre che il creditore sia capace di alienare, perchè l'accettazione di un pagamento estinguendo una obligazione, racchiude in se medesima un'alienazione (8).

§. 526. B. *Rapporto all'obbietto.*

Quant'è all'obbietto del pagamento:

1. Dev'egli essere il medesimo che quello della obligazione, perciocchè non si può astrignere il creditore ad accettar contro suo grado una cosa diversa da quella ch'egli ha il dritto di domandare. Nondimeno, consistendo il debito in una somma di danari, se il creditore insiste per esser pagato ed il debitore non può a patto alcuno far danari, gli si permette di offerire al creditor le sue migliori cose in pagamento e di rilasciargliele dopo giudiziale estimazione: ch'è quello che si chiama *beneficium dationis in solutionem* (9).

(1) Della stipulazione aquiliana, *v.* § 2, J. III, 30. — fr. 18, XLVI, 4. — Caio, III, 170. — Haubold, *Fragm. græcum de obligationum causis etc. ab Angelo Maio nuper in lucem protractum.* Lips. 1817; ne' suoi *Opusc.* II, p. 347. — Graser, *De stip. Aquil.* L.-B. 1825.

(2) Dig. XLVI, 4. — Cod. VIII, 44. — § 1, J. III, 30. «Quod tibi spondi, habesne acceptum? Acceptum tuli.» Caio, III, 169.

(3) § 4, J. III, 30. — Dig. XVIII, 5. — Cod. IV. 45. — fr. 35, L, 17. — fr. 80, 107, XLVI, 3.

(4) Dig. XLVI, 3. — Cod. VIII, 43. — pr. J. III, 30. — Doneau, *Comm.* XVI, 9–12. — Dubois, *Diss. de solutione.* Lovan. 1826.

(5) § 2, in fine, J. II, 8. — fr. 14, § 8, XLVI, 3. — fr. 29, XII, 6.

(6) Pr. J. III, 30. — fr. 8, § 5, XLVI, 2. — fr. 23, 40, 53, XLVI, 3. — Hert, *De solutione pro alio facta.* Giess. 1701.

(7) Fr. 39, III, 5. — fr. 12, pr.; fr. 32; fr. 34, § 7; fr. 38, § 1; fr. 59, XLVI, 3. — Se il pagamento è fatto ad un terzo, per esempio al creditor del creditore, non libera il debitore se non quando sia fatto di consenso del suo creditore, o quando costui lo ratifichi dipoi, o pur quand'ei fraudolentemente ricusi di ratificarlo: fr. 49, 58, 64, XLVI, 3. — fr. 6, XLIV, 4.

(8) Fr. 15, XLVI, 3. — § 2, J. II, 8. Il tutore ha inoltre bisogno dell'autorizzazion del magistrato per ricevere il pagamento di un capitale, o per riscuotere interessi ritardati di oltre a due anni ovvero montanti ad oltre 500 monete d'oro: const. 25, 27, C. V, 37 (a).

(9) Fr. 1, § 1, XII, 1. — «Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.» — Caio, III, 168. — pr. J. III, 30.

1) Della *datio in solutionem*, *v.* const. 16, 17, VIII, 43. — Nov. 4, c. 3. — Blumenthal, *Diss. de dat. in solutum.* Gœtt. 1830.

(a) *Solidi, aurei*; del cui valsente s'è già visto di sopra. (*Trad.*)

2. In generale, il debito dev'esser pagato del tutto, perchè il debitore si liberi: nondimeno da questa regola sono eccettuate le persone godenti il beneficio di competenza (1). Il creditore in tal caso non può da' suoi debitori esigere se non quanto non li adduca in povertà, ma pagato che sia, rimanga ad essi di che vivere secondo loro stato; o come si esprime il romano dritto, non possono tali persone esser condannate, *nisi in quantum facere possunt*. Questo beneficio, di sua natura affatto personale a' debitori e di cui nè gli eredi profittano (2) nè i fideiussori (3), appartiene a' coniugi infra loro, massime al marito convenuto dalla moglie per la restituzion della dote (4); a' genitori rispetto a' lor discendenti (5); a' fratelli e sorelle infra loro (6); a' membri di una società, per quel che l'uno debbe all'altro per conto della società (7); al suocero inverso il suo genero, per la dote promessa, e tantochè duri il matrimonio (8); a' soldati (9); al donatore richiesto perch'esegua la donazione (10); a chi abbia fatto cessione di tutti i suoi beni a' suoi creditori, per quel ch'egli acquista dappoi (11); ai figliuol di famiglia pei debiti contratti durante la potestà paterna, quand'egli non abbia ereditato dal padre (12).

3. Il pagamento debb'esser fatto al tempo e nel luogo convenuto. Se il luogo è stato determinato, in esso deve pagarsi; se no, la cosa deve restituirsi là dove il debitor l'ha ricevuta. Ogni altra prestazione dev'esser fatta nel luogo in cui si trova il debitore (13).

§. 527. C. *Della pruova del pagamento.*

Chi pretende di aver pagato ciò che doveva è tenuto, caso che gli sia negato, di giustificarlo. Questa pruova può farsi con tutti i mezzi dalla legge permessi, con testimoni (14), con deferimento di giuramento, e sopra-

2) Del pagamento di una parte: fr. 41, § 1, XXII. 1.

3) Del caso in cui taluno abbia diversi debiti con la stessa persona, e paghi in conto (imputazion di pagamento), *v.* fr. 1-8; fr. 89, § 2; fr. 97; fr. 103, XLVI, 3. — const. 1, VIII, 43. — Gmelin, *Diss. de graviori causa in quam a debitore ex pluribus causis solutio facta esse præsumitur*. Tubing. 1801.

4) Del pagamento fatto d'in sul prezzo del pegno venduto: fr. 73; fr. 96, § 3; fr. 97, 101, § 1, XLVI, 3. — fr. 55, XLVI, 1. — Cuiacio, *Ad L. 101*, § *1*, *D. de solut.* nelle sue *Recit. ad Paulum.* — Il medesimo, *Ad L. 96*, § *3*, *D. de solut.* ne' suoi *Comm. ad Papin. resp. Lib. XI.*

5) Della *condictio triticaria:* Dig. XIII, 3. — Gluck, *Comm.* XIII, 843. — Gans, *Delle Obligaz.* p. 48.

(1) Hellfeld, *Diss. de benef. competentiæ ex proprio æque ac tertii jure.* In *Opusc.* n° 25. *V.* pure Holtius, nella *Themis*, t. 1, p. 387.

(2) Fr. 25, XLII, 1.

(3) Fr. 24, pr. ibid. — fr. 63, § 1, XVII, 2.

(4) Fr. 20, XLII, 1. — § 37, J. IV, 6. — const. un. § 7, V, 13.

(5) Fr. 16 in fine, ibid. — § 38, J. ibid.

(6) Tal è l'avviso generale. Arg. fr. 63, pr. XVII, 2, a causa delle parole: *jus fraternitatis.*

(7) Fr. 63, pr. cit. — fr. 16, 22, § 1, XLII, 1. — § 38, J. IV, 6.

(8) Fr. 21, 22, pr. XLII, 1.

(9) Fr. 6, pr.; fr. 18, ibid.

(10) Fr. 19, § 1, ibid.

(11) Fr. 4, 6, 7, XLII, 3. — § 40, J. IV, 6. Quant'è alla quistione, se questo beneficio si applichi solo a'vecchi crediti, o se il simile sia di quelli nati dopo la cessione, *v.* fr. 4, § 1, XLII, 3, comp. col § 40, J. IV, 6, e con la cost. 3, VII, 72.

(12) Fr. 2, pr. XIV, 5. — fr. 49, XLII, 1. — const. 2, 9, IV, 26.

(13) § 33, J. IV, 6. — Dig. XIII, 4. — Cod. III, 18. — Thibaut, *Sistema*, § 95, 96. — Dell'azione *de eo quod certo loco dari oportet* (Dig. XIII, 4), *v.* Gans, *Obligaz.* p. 71, come pure i fr. 8 e 10, XIII, 4. — Gluck, *Comm.* XIII, 341.

(14) Il debitor che ha riconosciuto suo debito con una scritta, e che vuol provare *con testimoni* com'egli ha pagato, deve produrne *cinque*: cost. 18, IV, 20. — Nov. 90, c. 2.

tutto con quietanze *(apochae)* (1). Se la quitanza è di un pubblico officiale, essa fa pruova di presente; se sottoscritta da privati, essa non ha forza di pruova prima di trenta dì, durante il quale spazio le si può dal sottoscrittore opporre la *exceptio s. replica non solutae pecuniae*, ma trascorso che tal termine sia, non più si può (2). Quant'è alle pubbliche imposte, chi produca le quitanze de' tre ultimi anni, non è tenuto a far la prova dell'aver egli egualmente pagato le annate anteriori, salvoch'egli non avesse riconosciuto per iscritto il proprio ritardo (3).

§. 528. II. *Delle offerte reali e della consegnazione.*

Le offerte reali di pagamento seguite da consegnazione sono il secondo modo di estinguer le obligazioni. Infatti, quando il creditore senza motivo ricusa di ricever l'obbietto dell'obligazione, a lui dal debitore non solo in parole, ma realmente offerto nella maniera, al tempo, e nel luogo statuito, questi ha il dritto di consegnar l' obbietto al magistrato. La consegnazione ha gli effetti medesimi del pagamento, e al pari che questo essa estingue la obligazione (4). Generalmente il farla è in arbitrio del debitore, ma essa è necessaria per fermare il correr degl' interessi (5). Il debitore conserva altresì il dritto di ripigliar la somma consegnata per tutto il tempo che dal creditore non sia stata accettata, e così rimettere il suo debito con tutte le sue parti, segnatamente con gl' interessi, nell'esser primiero (6). Perchè il debitor sia liberato, è necessaria sì l'offerta che la consegnazione *(oblatio et depositio)*; ma vi son casi ch'una sola delle due basta. Tal è quando talun debba leggieri interessi e prometta, caso che non paghi nel dì prefisso, degli interessi più forti; perciocchè la sola offerta libera costui delle pregiudiziali conseguenze della sua mora (7). Tal è similmente quando il debitor non può sdebitarsi con sicurezza, per esempio perchè il creditore non abbia ancor varcata la pubertà e sia senza tutore, ovvero perchè il giudice abbia staggito il credito, o perchè questo sia da più persone disputato tra loro; in tutti quali casi la sola consegnazione basta per liberare il debitore (8).

§. 529. III. *Della novazione* (9).
A. *Nozione.*

Il romano dritto intende per novazione la trasformazione dell' obligazione esistente in un'altra differente nella forma. Questa trasformazione doveva esser fatta mediante un contratto formale, o che verbale, o che scritto *(verbis aut literis)* (10).

Che nell'antico dritto (11) la novazione potesse farsi *literis*, è cosa certa: ma poichè l'antica obligazion per iscritto era già sotto Giustiniano da gran

(1) Cod. X, 22. — Nov. 90, c. 2. — Il debitore ha egli il dritto di esiger quietanza? *V.* la const. 18, IV, 20.

(2) Const. 4, X, 29. — const. 14, § 2, IV, 30.

(3) Const. 3, X, 22.

(4) Const. 9, VIII, 43. — Confr. fr. 72, pr. XLVI, 3. — const. 19, IV, 32. — Schultz, *Tract. de oblatione, obsignat. et deposit. pecuniæ.* Brem. 1775. — Tideman, *Diss. de depositione debiti judiciali.* Gœtt. 1776.

(5) Fr. 7, XXII, 1. — const. 6, 9, 19, IV, 32. — const. 9, VIII, 43.

(6) Const. 8, VIII, 28. — const. 19, IV, 32.

(7) Fr. 9, § 1, XXII, 1. — const. 9, IV, 32.

(8) Fr. 7, § 2, IV, 4. — fr. 18, XXII, 1.

(9) Caio, II, 38, 39; III, 176-179. — § 3, J. III, 30. — Dig. XLVI, 2. — Cod. VIII, 42. — Doneau, *Comm.* XVI, 20.

(10) Fr. 1, § 1; fr. 2, XLVI, 2. — Hasse, *Diss. an novatio voluntaria esse possit citra stipulationem.* Kilon. 1811.

(11) Caio, III, 129, 130.

tempo sparita, facil è spiegarsi perchè ne' suoi libri di dritto la novazione è rappresentata come una *translatio obligationis in verborum obligationem*.

Quattro sono le condizioni richieste perchè la novazione sia fatta:

1. Il consenso di coloro che la fanno (1). Ond' è che, almeno in dritto nuovo, ogni novazione è volontaria. Pur tuttavia la distinzion dell' antico dritto tra novazione necessaria e volontaria si giustifica insino a un certo punto. La prima era una conseguenza della *litis contestatio* e della cosa giudicata, ma solamente in que' casi ne' quali il processo era un *legitimum judicium* (2).

2. La espressa intenzione di novare (*animus novandi*); senza di che, vi saranno due obligazioni, la vecchia e la nuova (3).

3. L'esistenza di una obligazione, quale che peraltro sia la natura sua (4).

4. Da ultimo, una novella obligazione valida; perciocchè se tale non è, la novazione estingue l'obligazion vecchia, senza sostituirne una nuova (5).

§. 530. B. *Delle diverse specie di novazione.*

La novazione si fa per differenti modi.

1. Il debitore ed il creditore rimangon gli stessi. Tal è quando l' obligazione riceve altra causa; quando le si pone altro obbietto (6); quando le clausole accessorie relative al tempo, al luogo, alla condizione ec., sono modificate (7).

2. Un nuovo debitore è posto in luogo dell' antico. Questa sorta di novazione può farsi a due modi:

a) O per accordo tra 'l creditore ed il nuovo debitore, senza intervento dell'antico; la qual novazione si chiama *expromissio* (8).

b) O per la trasmessione del debito da un debitore ad un altro, accettato dal creditore; la qual novazione, chiamata *delegatio*, richiede il consenso del creditore, del debitore antico e del nuovo (9).

3. Un nuovo creditore è sostituito all'antico. Allora il creditor trasferisce suo dritto ad un altro, il quale dal debitore è accettato. Sì fatta novazione parimente si chiama *delegatio*, e differisce dalla *cessio nominis* inquantochè questa non contiene novazione, perciocchè il debitore non ne riman liberato verso l'antico suo creditore, come rimane per la delegazione (10).

(1) Const. 1, 6, 8, VIII, 42.

(2) Caio, III, 180, 181. — Fragm. Vat. § 263. — fr. 11, § 1; fr. 29, XLVI, 2. — Gans, *Scolii su Caio*, p. 435. — Ribbentrop. *Diss. de novat. necess.* Gœtt. 1825.

(3) Fr. 2; fr. 8, § 2, 5; fr. 20, XLVI, 2. — const. 8, VIII, 42. Giustiniano dichiara senza effetto qualunque novazione tacita e presunta. *V.* pure: § 3, J. III, 30, e Teofilo ivi. — Crell, *Diss. de animo novandi factis expresso.* Viteb. 1734, § 4. — Il med. *Diss. et Progr.* Halæ, 1775, fasc. 4.

(4) Fr. 1, § 1, XLVI, 2. — Del resto può ciascuno fare una novazione per mezzo di qualunque altra di quelle persone, per mezzo delle quali egli può stipulare: fr. 20, ibid. — Paolo, V, 8.

(5) § 3, J. cit. fr. 20, § 1, XLVI, 2. — Caio, III, 176.

(6) Fr. 58, XLV, 1. — fr. 9, § 2, XLVI, 2.

(7) Quanto alla condizione ed alla cauzione, gli antichi disputavan tra loro se ne seguisse novazione, e quando: Caio, III, 177-179. — fr. 8, § 1; fr. 14, pr. §. 1, XLV, 2. Ma Giustiniano decise che si dovesse stare alla volontà espressa delle parti: const. 8, VIII, 42. — § 3, J. III, 30.

(8) Fr. 8, § 5, XLVI, 2. — const. 25, II, 3. — La *expromissio* è una specie di *intercessio*; perciò, fatta da donna, non vale (§ 474, 479).

(9) Fr. 11, 17, XLVI, 2. — const. 1, 6, VIII, 24.

(10) Const. 3, VIII, 42. — const. 2, IV, 10.

§. 531. C. *Degli effetti della novazione.*

La novazione ha per effetto di estinguere il debito antico con tutti i dritti accessorii (1), e di sostituirgliene un nuovo, il quale in ragion romana è una obligazione verbale sorretta da un'azione *ex stipulatu* (2). Onde conséguita:

1. Che nella *expromissio* e nella delegazion di un *debito*, l'antico debitore riman liberato, anche quando il nuovo è o pur diventa impotente a pagare; salvochè il creditore non siasi riserbato il regresso avverso l'antico debitore (3). Il promettitore nè il debitor delegato non può prevalersi rincontro al creditore di quell'eccezioni le quali egli avrebbe potuto opporre al debitore antico, o questi sperimentare contro al creditore (4).

2. Parimente, nella delegazion di un *credito*, il nuovo creditore, caso ch'egli non potesse farsi pagar dal debitore, non ha regresso alcuno contro al debitore antico, se non ch'ei l'abbia espressamente stipulato; ma di rincontro, egli non è soggetto alle eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore antico (5).

§. 532. IV. *Della confusione.*

Havvi confusione allorchè due persone, le quali è necessario che stiano ciascuna per sè perchè debito esser vi possa, diventano una sola; per esempio quando l'una diviene erede dell'altra. Quando la confusion succede tra 'l creditore ed il debitor principale, la intera obligazione si estingue con tutte le sue accessioni (6); quando per contrario ella succede infra 'l debitor principale e quello accessorio, o tra questo secondo ed il creditore, la sola obligazione accessoria si estingue (7).

§. 533. V. *Della perdita fortuita della specie dovuta.*

Le obligazioni parimente si estinguono con la perdita fortuita della specie costituente il loro obbietto (8).

A. Quando il credito era di un *corpo certo*, il debitore riman disobligato se la specie perisce senza sua colpa e prima ch'egli sia in mora, o per evento fortuito, o per sopravvenimento di tale specificazione, che la proprietà se ne vada (9).

B. Se per contrario il credito era alternativo, fa luogo distinguere:

1. Se dell'evento fortuito non può accagionarsi alcuna delle due parti, per liberare il debitore si richiede che tutti gli obbietti della obligazione sien periti (10); se un solo è perito, debbesi quello che avanza (11).

(1) Nientedimeno, i dritti di pegno ordinati a sicurezza del debito estinto ed il privilegio loro possono esser conservati al nuovo credito: fr. 29, XLVI, 2. — Le condizioni passano tacitamente alla nuova obligazione: fr. 14, § 1, XLVI, 2.

(2) Fr. 1, pr; fr. 15, fr. 1§, XLVI, 2. § 3, J. III, 30.

(3) § 3, J. cit. — fr. 45, § 7, XVII, 1.

(4) Fr. 12, 13, 19, XLVI, 2.

(5) Const. 3, VIII, 42. — Altramente è nel caso della semplice cessione. *V*. il § 373.

(6) Fr. 75; fr. 95, § 2; fr. 107, XLVI, 3. — fr. 71, pr. XLVI, 1.

(7) Fr. 43; fr. 93, § 2, 3, XLVI, 3.

(8) Il medesimo non è quando un genere ovvero una quantità sia l'obbietto del credito: per esempio, const. 11, IV, 2.

(9) « Debitor speciei liberatur interitu rei. » — fr. 23, XLV, 1. — Cf. fr. 82, § 1, ibid. — fr. 15, § 3, 1 — fr. 14, § 1, XVI, 3. — fr. 20, XIII, 1. — fr. 5, § 2, XVIII, 5.

(10) Fr. 34, § 6, XVIII, 1

(11) Fr. 2, § 3, XIII, 4.

2. Se l'una o l'altra parte è stata cagione della perdita con sua colpa o sua mora, vuolsi distinguere tra 'l debitore ed il creditore:

a) Se la colpa è del debitore, egli deve, quando tutti gli obbietti dell'alternativa son periti, dare al creditore indennità ragguagliata al suo credito; quando un obbietto sussiste, e la scelta s'aspettava al creditore, egli può dimandare o l'obbietto avanzato, o il valsente di quello perito.

b) Ma se colpevole è il creditore, il debitore è liberato, anche per la perdita di un solo de' due obbietti alternativamente promessi (1).

§. 534. *Del concorso di due titoli lucrativi.*

Quando uno ha dritto a domandar qualche cosa a titolo lucrativo, il suo credito si estingue per lo acquisto che di quella medesima egli faccia per virtù di un altro titolo lucrativo; stantechè due titoli lucrativi non possono alla stessa cosa concorrere nella stessa persona (2).

CAPITOLO II.

DELLA ESTINZION DELLE OBLIGAZIONI PER VIA DI ECCEZIONE.

§. 535. I. *Del patto remissorio.*

Il patto remissorio similmente estingue le obligazioni (*pactum de non petendo*, *pactum remissorium*). Può torsi via qualunque credito e debito, in tutto o in parte, con semplice convenzione tra 'l creditore ed il debitore. Un patto remissorio, *pactum de non petendo*, non estingueva in romano dritto l'obligazione se non se per via di eccezione (3): nondimeno sonovi stati alcuni patti legittimi eccettuati da tal regola, i quali avean per effetto di estinguer la obligazione di pieno diritto (4).

§. 536. II. *Della compensazione* (5).

La compensazione è il secondo modo di estinguer le obligazioni per via di eccezione. Quando due persone si debbono scambievolmente danari o cose fungibili di una stessa natura, i loro crediti scambievoli si estinguono con tutti i loro effetti da quell'ora che si trovano l'uno a rincontro dell'altro liquidi ed esigibili; e sì fatta estinzione ha luogo di pieno dritto, e senza bisogno di particolar convenzione (6). Quando la somma di danari o la quantità di cose dovute da tutt'e due parti è la stessa, ambo i crediti si estinguono all'intutto; ma se v'ha differenza, il maggior credito si estin-

(1) Fr. 95, pr. § 1, XLVI, 3.—fr. 105, XLV, 1.

(2) Fr. 17, XLIV, 7. — fr. 83, § 6, XLV, 1. Il § J. II, 20, ne dà uno esempio (a).

(3) § 3, J. IV, 13. — fr. 21, 27, 32, I, 14.

(4) Fr. 6, fr. 7, § 14 in fine; fr. 17, § 1, 2; fr. 30, pr. D. ibid.—Doneau, *Comm.* XII, 14. — Sieger, *Diss. de natura et indole pacti de non potendo*. Lips. 1727.

(5) Dig. XVI, 2. — Cod. IV, 31. — § 30, 39, J. IV, 6. — Paolo, II, 5, 3. — Doneau, *Comm.* XVI, 15. — Ankelmann, *Diss. de compensat. et spec. de debito tertii compensando*. Gœtt. 1791.—Fendius, *Diss. de compens.* Leodii, 1818. — La Grappe, *Diss. de compens. ex jur. rom. et hodierni principiis*. L.-B. 1822. — Allard, *Diss. de compens.* Fornaci, 1825.

(6) Fr. 1, 3, XVI, 2. — const. 4, 14, IV, 31.

(a) Ed anche formalmente il principio, leggendosi in detto §: « Traditum est duas lucrativas causas in eumdem hominem et eamdem rem concurrere non posse. » (*Trad.*)

gue soltanto fino al ragguaglio del minore (1). L'origine delle obbligazioni nulla monta: si può anche opporre una obligazion naturale a fin di compensare, ma essa allora ha soltanto gli effetti di una eccezione. Vero è che una obbligazion riprovata dalle leggi non può servir per compensare (2). Del resto, può la compensazione essere opposta dall'erede, dal fideiussore, dal cessionario, e dal debitor ceduto (3); eccetto però, sebbene le condizioni sue vi sieno, quando s'è ad essa rinunziato, quando s'è debitore al fisco d'imposte o di prezzo di compre (4), quando il depositario è richiesto con l'azion di deposito (5), e quando uno siasi illecitamente impossessato di qualche cosa (6).

§. 537. III. *Di diverse altre cause di estinzione.*

Finalmente, sonovi altre diverse cause estintive delle obligazioni: tali sono gli atti di ultima volontà (7), il giuramento (§ 472), un giudizio che abbia acquistato forza di cosa giudicata (8), e particolarmente la prescrizione, della quale abbiamo trattato ne' §§ 209-211.

(1) Const. 4, ibid. — *V.* § 30, 39, J. IV, 6.
(2) Fr. 6, 14, XVI, 1.
(3) Fr. 4, 5, 16, pr.; fr. 18, pr. XVI, 2.
(4) Fr. 46, § 5, XLIX, 14. — const. 7, IV, 31.
(5) § 36, J. IV, 6. — const. 14, § 1, VI, 31. — const. 11, IV, 34.
(6) Const. 14, § 2, IV, 31.
(7) Per es: un legato di liberazione: fr. 1, pr. XXXIV, 3 (a).
(8) Fr. 1, XLII, 1. — fr. 43, XII, 9, comb. col fr. 2, XII, 2. — Arg. fr. 56, XLII, 1. — fr. 207, L, 17.

(a) Cioè, un lascio dal testatore fatto al suo debitore di quel medesimo che costui gli debba; con che viene a liberarlo dal debito. (*Trad.*)

LIBRO III.

DE' DRITTI DI FAMIGLIA.

§. 538. *Nozione ed estensione de' dritti di famiglia.*

I dritti di famiglia regolano le relazioni domestiche e gli effetti di queste in su la persona ed i beni di coloro i quali sono per esse legati. Le relazioni di famiglia comprendono il *matrimonio*, la *potestà paterna*, e fino a un certo punto la *tutela* e la *cura*.

Il dritto di famiglia, in quel senso che noi qui gli attribuiamo, non dev'esser confuso col *jus personarum* nel senso del romano dritto, del quale non altro è che un membro (§§ 119, 120).

SEZIONE PRIMA.

Del matrimonio (1).

CAPITOLO PRIMO.

DELLA NOZIONE E DELLA CELEBRAZION DEL MATRIMONIO.

§. 539. I. *Nozion del matrimonio.*

Il matrimonio è unione dell'uomo e della donna, fatta per vivere in uno indivisibile consorzio (2). Il matrimonio adunque non tanto consiste in un carnale congiungimento, quanto nella detta unità di tutta la vita, la quale esser debbe il proprio fine degli sposi. In questo proposito appunto (*animus*), il qual presiede alla union degli sposi, sta la differenza tra 'i matrimonio vero e tutte le altre unioni che tali non sono, segnatamente il *concubinato* (3). Il matrimonio ed il concubinato hanno veramente questo di comune, che l'uno e l'altro sono una carnale unione dell'uomo e della donna, e ch'esteriormente si rassomigliano : tal era almeno in dritto romano,

(1) Fonti: Inst. I, 10. — Dig. XXIII, 2. — Cod. V, 4.

Bibliografia: Holomanus, *De veteri ritu nuptiarum et jure matrimoniorum.* Lugd. 1569. — Brissonius, *De ritu nupt. et jure connubii.* — Bouwer, *De jure connubiorum.* Delphi, 1714. — Grupen, *De uxore romana.* Hannov. 1727. — Ayrer, *De jure connub. apud Rom.* Gœtt. 1736. — Dornseiffen, *De jure feminarum apud. Rom.* Traj. ad Rh. 1818. — Bethmann-Hollweg, *De causae probatione.* Berol. 1820, c. 1.—Gluck, *Comm.* XXIII, 1205. — Zimmern, *Recht.* t. 1, § 132. — Tafel, *Comm. de divortiis apud Rom.* Cap. 1, *de variis nupt. generibus apud. Rom.* OEringæ, 1833.

(2) Fr. 1, XXIII, 2: « Nuptiæ sunt conjunctio maris et fœminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio. » — § 1, J. I, 9: « Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens. » — *V.* const. 4, IX, 32.

(3) Esso era appo i Romani permesso, sotto talune condizioni. Paolo II, 20. — Dig. XXV, 7. — Cod. V, 26. — Gluck, *Comm.* XXVIII, 1295.

nel quale non si richiedeva alla celebrazion del matrimonio alcuna forma esterna, ma solamente il consenso matrimoniale *(consensus matrimonialis)* (1). Ma intrinsecamente tra matrimonio e concubinato havvi questa essenzial differenza, che il primo richiede l'*animus matrimonii*, cioè a dir che gli sposi si propongano di vivere in una compiuta unione e dividere per tutta lor vita la medesima sorte, dovechè la stessa intenzione nel concubinato non è. Ogni verace e valido matrimonio ha per generale effetto di elevar la donna alla dignità medesima del marito, e di dare a' nati del matrimonio la qualità di figliuoli legittimi, ch'è quanto dire che in dritto il marito dev' esser risguardato siccome padre de' figliuoli, o secondo la espressione del romano diritto, *liberi patrem habent*, epperò sono essi sottoposti alla sua potestà. La concubina invece non è punto elevata alla dignità di moglie, ed i figliuoli da essa avuti, dichiarati illegittimi (*liberi quasi sine patre*), non sono in potestà del padre (2).

§. 540. II. *Delle sponsalizie.*
A. *Di lor celebrazione.*

Ordinariamente il matrimonio è precednto da una convenzione, con cui l'uomo e la donna reciprocamente si promettono di poi contrarre legittimo matrimonio. Questa convenzione si chiama sponsalizio (*sponsalia*) (3) (4). Giusta il romano dritto, non altra condizione si richiede per la validità degli sponsali, che il consenso delle parti (5). Tale consenso dev' esser dato davvero, consideratamente, e con libertà: la demenza, il dolo, la violenza, l'errore in quanto alla persona ovvero in quanto alle qualità sue, le quali sieno essenziali o rispetto alla natura medesima del matrimonio o rispetto alle convenzioni delle parti, son tutte cause di nullità degli sponsali (6). Chi potrà contrarre matrimonio, può altresì fidanzare (7), quand'anche per allora non fosse capace nè dritto avesse di contrar matrimonio a dirittura; per esempio, un impubere (8). Possono pure gli sponsali conchiudersi sotto condizione: nel qual caso bisogna applicare i principj generali in su gli effetti delle condizioni, e particolarmente quelli relativi alle convenzioni. Egli è perciò, che una condizione affermativa fisicamente o moralmente impossibile, fa nulli gli sponsali (9): la medesima, apposta al matrimonio, si ha come non scritta; ma s' ella è contraria alla essenza stessa del matrimonio, similmente lo annulla.

§. 541. B. *Degli effetti delle sponsalizie.*

Le sponsalizie validamente concluse cagionano in ciascuna delle parti il dritto di esigere il compimento del matrimonio nel tempo convenuto, ed in mancanza di convenzione, entro uno spazio di tempo determinabile dal giu-

(1) Fr. 15, XXXV, 1. — fr. 30, L, 17.

(2) Fr. 49, § 4, XXXII. — § 12, J. I, 10. — Caio, I, 64.

(3) Dig. XXIII, 1. — Cod. V, 1. — Boehmer, *Exerc. ad Pand.* t. 4. n. 69. — Gluck, *Comm.* 22, 23, § 1190-1204.

(4) Oggi, *promessa di matrimonio*: LL. cc. 148. *(Trad.)*

(5) Fr. 4, pr. XXIII, 1. — Se l'uomo o la donna sta sotto alla potestà paterna, si richiede eziandio il consenso del padre di famiglia: fr. 7, § 1, ibid. comp. col pr. J. 1, 10, e Paolo, II, 19.

(6) Fr. 8, ibid. — Paolo, II, 19.

(7) E così per contrario: « Cum qua nuptiæ contrahi non possunt, hæc plerumque ne quidem desponderi potest. » fr. 60, § 5, XXIII, 2.

(8) Fr. 14, XXIII, 1. — fr. 10, § 1, III, 2: « Quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fieri non nocet. »

(9) Vi sono molti autori i quali pretendono che sì fatta condizione abbia a tenersi per non scritta *(pro non adiecta)*.

dice a ragion delle circostanze. Però, quando gli sponsali sono fatti sotto condizione, bisogna aspettar ch'ella si compia; in quel mezzo, nessun' azione è dal roman dritto accordata per astrignere alla celebrazion del matrimonio (1). I promessi sposi debbonsi l'uno all'altro fedeltà, e sono per altri rispetti ancora assomigliati a' coniugi (2).

§. 542. C. *Dello scioglimento delle sponsalizie.*

Le sponsalizie si disciolgono:

1. Per la morte di un de' promessi.
2. Per uno impedimento al matrimonio, sopravvenuto dopo la celebrazion degli sponsali.
3. Pel mutuo consenso delle parti, ordinariamente chiamato *repudium voluntarium*.
4. Pel ritrarsi di una delle due parti, ordinariamente detto *repudium necessarium* (3): ma chi ritrae sua promessa senza legittima cagione, è obligato verso l'altro a'danni ed interessi.

Havvi legittima cagione di tirarsi indietro, quando l'altro non serba la promessa fedeltà, o fassi generalmente colpevole di *turpis vel prodiga vel impudica conversatio*, o quando nasce tra le parti diversità di religione o di setta (4). Disciolti gli sponsali, l'una parte può ridomandar dall'altra o da'suoi eredi i doni che le ha fatti (*arrhae sponsalitiae*, *munera sponsalitia*), eccetto se l'una delle parti si fosse disdetta senza ragione, perchè in tal caso l'altra ritiene ciò che ha ricevuto, e ricupera ciò che ha donato, e se nulla ha ricevuto, può esigere il doppio di quel che ha donato; la qual pena, però, non si applica alla fidanzata di minore età (5).

§. 543. III. *Delle condizioni della celebrazion del matrimonio.* A. *Impedimenti assoluti.*

Per procedere alla celebrazione di un matrimonio, egli è prima di tutto necessario che le parti che voglion contrarlo sieno *capaci* di farlo. Le persone assolutamente incapaci di contrar matrimonio sono:

1. Quelle *non peranco fisicamente capaci*; per termine della quale incapacità il dritto romano richiede la pubertà così del maschio come della femmina (6).
2. I *castrati*. D'ordinario si pretende che la impotenza assoluta faccia generalmente l'uomo incapace di contrar matrimonio, ma il dritto romano non dichiara incapaci se non i castrati (*castrati*), e non parla punto degli *spadones* (7) (8).

(1) Fr. 2, § 2, XXIV, 2. — const. 1, V, 1. — fr. 134, XV, 1. — const. 2, VIII, 39. *Ved.* Aulo Gellio, *Notti Att.* IV, 4.

(2) Const. 5, V, 1. — fr. 5, XXII, 5. — fr. 15, § 14, XLVII, 10.

(3) Fr. 101, § 1, L, 16. — fr. 38, XXIV, 3.

(4) Const. 5, V, 1. — Boehmer, *Diss. de probatis repudiorum causis* Halae, 1718.

(5) Const. 3, 5, V, 1. — const. 15, 16, V, 3.

(6) Pr. J. I, 10. — fr. 24, XXIII, 1. — fr. 4, XXIII, 2. — Il dritto canonico richiede egualmente la pubertà. — Ma la vecchiaia non fa incapace di contrar matrimonio: const. 27, V, 4.

(7) Fr. 39, § 1, XXIII, 3. — fr. 6, XXVIII, 2. — Il matrimonio può egli essere annullato per cagion della impotenza dell'una parte, o della sterilità dell'altra? *V.* sopra ciò: const. 10, V, 17. — Nov. 22, c. 6. — Nov. 117, c. 12. — Thibaut, *Sistema*, § 392. — Biener, *Quaest. cap. L. de matrim. propter impotentiam dissolvendo.* Lips. 1814. — Bauer, *De matrim. steriliì partium voto solvendo.* Lips. 1823.

(8) Il nome di *spadoni* ordinariamente è generale di tutti coloro i quali sono da

§. 554. B. *Impedimenti relativi.*
1. *Per cagion di parentela.*

Ma la capacità delle parti di contrar matrimonio non basta; bisogna ancora che nessun particolare divieto della legge non ne le impedisca (1). Le proibizioni dal roman dritto (2) opposte al matrimonio infra persone per altro capaci, derivano primieramente dal parentado (3). Tra parenti il matrimonio è vietato:

1. In *linea retta*, tra ascendenti e discendenti, in qualunque grado, e senza distinguere se la parentela sia naturale, cioè prodotta da vincolo di sangue, o se giuridica, cioè formata con l'adozione: nel quale ultimo caso la proibizion rimane anche dappoi che l'adozione è stata disciolta per mezzo della emancipazione (4).

2. In *linea collaterale*, il matrimonio è vietato tra parenti in secondo grado, e tra quelli de' quali uno discenda immediate, l'altro mediatamente da uno stipite comune; ch'è quello che oggi chiamasi *respectus parentelae.* La medesima proibizione si estende alle persone dall'adozione poste in una relazion simigliante a quella di fratello e sorella, ovvero del *respectus parentelae*; ma essa è tolta quando l'adozione, che n'era causa, è disciolta (5). Il matrimonio tra figliuoli di fratelli e sorelle è permesso (6). Si può torre per moglie la sorella uterina del proprio padre adottivo, perchè nessun legame di famiglia è tra essa e l'adottato; ondechè non havvi in tal caso bisogno alcuno di emancipazione (7).

§. 545. 2. *Per cagion di affinità.*

L'affinità di grado troppo prossimo è similmente uno impedimento al matrimonio (8). Il dritto romano dapprima non altro interdicea che il matrimonio con la suocera e la matrigna, e viceversa con la nuora e la figlia-

qualunque cagione impotenti a generare, ed in questo senso è qui usato dall'autore. Ma non di raro nel roman dritto trovasi ristretto a coloro i quali non posson generare per qualche impedimento temporaneo e che si possa levare. Ecco a tal proposito una postilla del Sansovino sopra il § 9, J. I,: « Gli eunuchi sono di tre sorte: alcuni son chiamati spadoni, alcuni castrati, ed alcuni altri tlibii grecamente. Gli spadoni son coloro che per qualche vizio o per qualche frigidità de' membri genitali non posson generare; il qual vizio o la qual freddezza levata via, possono generar come gli altri. I tlibii, ch'è voce parimente greca, son coloro a'quali le nutrici o forse la madre guastarono i testicoli fasciandoli o governandoli quand'erano bambini. I castrati son coloro a'quali son cavati i testicoli col ferro o in altra maniera. Gli spadoni adunque possono generare, levato via l'impedimento della malizia ch'essi hanno: ma i castrati ed i tlibii no, perchè essendo guasti gl'istromenti genitali, non posson più ritornare ad esser sani in questa parte. » *(Trad.)*

(1) De Jonghe, *Diss. de matr. ejusque impedimentis.* Leodii, 1823. Questa dissertazione contiene una comparazione esatta delle legislazioni antiche e moderne in su gl'impedimenti al matrimonio.

(2) Mertens, *Diss. de nuptiis jure rom. prohibitis.* Fr. ad Rh. 1811.

(3) Caio, I, 58-64. — Epit. Gaj. I, 4. — Coll. leg. Mos. et Rom. tit. 6.—Cod. Th. III, 12.—Inst. I, 10. — Cod. V, 5.—Reitz, *Excurs. ad* Theoph. t. 2, p. 1183.

(4) § 1, J. I, 10. — fr. 53, 55, XXIII, 2.

(5) § 2, 5, J. I, 10. — fr. 17, ibid.

(6) § 4, J. I, 10. — Teofilo, ed insiem con lui parecchi altri manoscritti, leggono: *non possunt*: ma *v.* il fr. 3, ibid. e particolarmente la const. 19, V, 4, la qual toglie via la proibizione di cotal matrimonio ordinata da Teodosio nella const. 3, C. Th. III, 12.

(7) Fr. 1, § 12 in fine, XXIII, 2.

(8) Heineccius, *Ad. Leg. Jul. et Pap. Popp.* II, 17.

stra (1); ma più tardi il matrimonio fu parimente vietato con la vedova del proprio fratello, e con la sorella della propria moglie trapassata (2).

La legge proibisce egualmente il matrimonio tra il marito che abbia fatto divorzio con la sua donna, e' figliuoli da questa generati con altro uomo (3); tra 'l padre e la promessa sposa del figliuolo; tra 'l figliuolo e la fidanzata del padre (4); tra 'l patrigno e la vedova del già suo figliastro, e tra questo e la vedova del già suo patrigno (5). Il secondo matrimonio di due che già l'uno e l'altro avean figliuoli del primo, non pone ostacolo al matrimonio di così fatti figliuoli tra loro; i quali sono da' romani testi nominati *privigni* ovvero *comprivigni* (6).

§. 546. 3. *Per altre cagioni.*

Oltre alla parentela ed all'affinità, il matrimonio è ancor vietato per più altre cagioni:

1. Colui il quale ha già contratto un matrimonio valido, non può fintantochè questo sussiste contrarne un secondo, perciocchè la poligamia è vietata (7): ma si possono più matrimoni contrarre successivamente. Nondimeno la donna, il cui matrimonio sia stato disciolto dalla morte del marito o per divorzio, deve soprastare almeno un anno a contrarne un novello. Quest'anno chiamasi anno di lutto (*annus luctus*); e la cagion del volerlo guardato è perchè si teme non si confondano i semi (*turbatio sanguinis s. confusio sobolis*) (8). La contravvenzione a quest'ordine non fa nullo il matrimonio, ma porta infamia e condanne in denari (9).

2. A cagion della differente religione delle parti, il matrimonio è vietato tra cristiani ed ebrei (10).

3. Tra la donna adultera ed il suo complice (11); tra 'l rapitore e la rapita (12).

4. Tra 'l tutore o il suo figliuolo sottoposto alla potestà sua, e la donna da lui tenuta in tutela, prima che sia stato reso il conto della tutela (13).

5. Ragioni di governo fan vietare il matrimonio tra 'l governator della provincia (*praeses provinciae*) o altri officiali di questa, ed una donna avente suo domicilio nella stessa provincia (14).

6. Un tempo gli uomini liberi non poteano sposar donne pubbliche ovvero comedianti.

7. Finalmente, per la differenza dello stato, il matrimonio era proibito tra un senatore e' discendenti suoi fino al terzo grado, ed un'affrancata (15). Ma già Giustino avea permesso di tor per moglie una comediante (16), e Giu-

(1) § 6, 7, J. I, 10. — fr. 14, § 4, XXIII, 2. — fr. 4, § 5-7, XXVIII, 10. — const. 17, V, 4.

(2) Const. 2, 4, C. Th. III, 12. — const. 5, 8, 9, v, 5.

(3) § 9, J. I, 10.

(4) § 9, cit.

(5) Fr. 15, XXIII, 2.

(6) § 8, J. I, 10. — fr. 34, § 2, XXIII, 2.

(7) § 6, 7, J. I, 10. — fr. 1, III, 2. — const. 2, V, 5.

(8) Const. 8, § 4; const. 9, V, 17. — Nov. 22, c. 6.

(9) Fr. 1, § II, III, 2, — Nov. 22, c. 8.

(10) Const. 2, C. Th. III, 7. — const. 6, I, 9.

(11) Fr. 26, XXIII, 2. — fr. 13, XXIV, 9. — Nov. 134, c. 12.

(12) Const. un. IX 13. — Nov. 143, 150.

(13) Fr. 59; fr. 62, § 2; fr. 66, XXIII, 2. — Cod. V, 6. — Puttmann, *De pupilla a tutore ejusdemque filio haud ducenda.* Lips. 1783. — Van Vredenburch, *Diss. de prohib. nupt. inter tut. et pupill.* L.B. 1805.

(14) Fr. 57, pr.; fr. 63, XXIII, 2. — C. Th. III, 11. — C. Just. V, 2, 7.

(15) Ulpiano, XIII, XVI, 2. — fr. 44, XXIII, 2. — Heinn. *Ad Leg. Juliam. etc.* II, 1, 2.

(16) Const. 23, V, 4. Questa costituzione è generalmente attribuita a Giustiniano, ma la sua inscrizione è falsa, come Enneccio ha già provato: *Ad Leg. Jul. etc.* II, 2, § 4,

stiniano col dare a tutti gli affrancati i dritti de' liberi nati (*jura ingenuorum*) aveva implicitamente autorizzato il matrimonio di un senatore con un'affrancata, quando poi ne dette più tardi espressa permissione (1).

§. 547. C. *Degli effetti degli impedimenti.*

Se due persone si congiungono in onta agli impedimenti testè discorsi, il matrimonio è nullo per le disposizioni espresse di Giustiniano, e non ottiene alcuno de' legali effetti delle nozze legittime, nè a pro degli sposi, nè de' loro figliuoli (2).

Nonpertanto, se quando il matrimonio fu celebrato, una delle parti o tutt'e due erano di buona fede, cioè non sapeano che la congiunzion loro fosse vietata, esse contraevano un *matrimonio putativo*. In tal caso, colui ch'era di buona fede, acquistava tutti i dritti di vero coniuge, e'figliuoli eran tenuti siccome legittimi (3). Ma il coniuge di buona fede era in obligo, sittostoch'egli avea scoperto il suo errore, di romper l' unione, ovvero dimandar dispensa dell'impedimento al matrimonio. Allorchè per contrario l'impedimento era noto a tutt'e due le parti, e che il matrimonio non poteva esser convalidato, perchè la dispensa non si poteva concedere, i figliuoli eran risguardati siccome illegittimi (4).

§. 548. IV. *Della forma della celebrazion del matrimonio.*

L'osservazion della forma legale è necessaria per contrarre un matrimonio valido. Il dritto romano non altro richiedeva a tale effetto, se non il semplice consentimento delle due parti (5) e quello delle persone sotto la cui potestà si trovavano (6). Ma i grandi officiali dell' imperio, e le persone illustri dovevano, giusta una disposizion di Giustiniano, fare un contratto scritto (*dotalia instrumenta*) (7). Il consenso al matrimonio dev'esser senza vizio: il perchè tutte le cagioni che tolgono al consenso di esser libero, viziano il matrimonio. A siffatte cause appartengono la demenza ed il furore, il timore, la violenza (8), il dolo, e l' errore in quanto alla persona o alle sue qualità essenziali.

CAPITOLO II.

DEGLI EFFETTI DEL MATRIMONIO.

§. 549. I. *In quanto alla persona de' coniugi.*
A. *De' dritti comuni di ambedue.*

La nozione e la essenza del matrimonio determinano la relazion personale de' coniugi infra loro: esso è l' unione di tutta la vita ed il consorzio del-

(1) Cod. VII, 5, 6. — Nov. 78, c. 3. — Nov. 117, c. 6.

(2) § 12, J. I, 10. — Cod. V, 8.

(3) Fr. 57, §. 1, XXIII, 2. — Hertius, *Diss. de matrim. putativo*; ne'suoi *Opusc.* vol. 1. p. 245.

(4) Const. 4, V, 5.

(5) Fr. 2, XXIII, 2, — fr. 15, XXXV, 1. — fr. 30, L, 17. — Ortolan, nella *Themis*, t. 10, p. 497.

(6) Fr. 2, 19, XXIII, 2. — pr. J. I, 10. — Ulp. V, 2. — Paolo, II, 19, § 2. Il figliuolo emancipato non avea bisogno del consenso del padre: fr. 25, XXIII, 2. — Non poteva il padre senza sufficiente motivo negare il consenso al figliuolo soggetto alla sua potestà; quando così facesse, il magistrato poteva astrignerlo: fr. 19, ibid.

(7) Nov. 74, c. 4. — Nov. 117, c. 4. 6.

(8) Fr. 16, § 2, Ibid. — Paolo, II, 19, 7. — const. 14, V, 4.

l' uomo e della donna; e tutto quanto da cotal nozione discende, costituisce i dritti ed i doveri dell'un coniuge rispetto all'altro. Propriamente parlando, non possono esser subbietto della presente trattazione dritti giuridici ed esigibili, ma soltanto de' doveri, salvochè leggi espresse non ordinino altramente (1).

Infra' dritti ed i doveri comuni ad ambo i coniugi, noi noveriamo i seguenti:

1. Il dritto di domandarsi reciproca fedeltà (2).

2. Il dritto di vivere inseparabilmente e di esiger l' un dall' altro protezione ed appoggio (3).

3. Il dovere di ciascun coniuge di accomunarsi le sventure dell'altro (4).

§. 550. B. *De' dritti particolari a ciascuno de' coniugi.*

Trà' dritti ed i doveri particolari di ciascun coniuge, si contano:

1. Il dritto del marito di esiger dalla moglie obbedienza e rispetto in ogni lecita ed onesta cosa (5). Perciò deve la moglie seguitare il domicilio del marito (6), salvo ch' egli non sia stato bandito per delitto (7): oltre a che, il marito ha il dritto di domandar che sua moglie attenda a' lavori domestici secondo suo stato, e di star per essa in giudizio, nella qualità sua di procuratore presunto (8).

2. Dal canto suo la moglie ha il dritto di esiger dal marito protezione ed appoggio (9), come pur gli alimenti (10); essa piglia il nome del marito, si eleva alla sua dignità (11), e conserva tali dritti eziandio dopo la morte di lui, finattantoch' ella non si rimarita (12).

§. 551. II. *In quanto a' beni de' coniugi.*

Il matrimonio, per se medesimo, non può nulla in su' beni de' coniugi, i quali non diventan per esso comuni, ma ciascun coniuge conserva la proprietà de' suoi (13); e ne dispone a suo grado. Qualunque cangiamento sopra

(1) Per esempio, in quanto a'doveri di reciprocamente alimentarsi, agli effetti pregiudiziosi dello adulterio, ec.

(2) Nov. 117, c. 8, § 2; c. 9, § 5.

(3) Gli è per questo, che i coniugi sono altresì tenuti reciprocamente agli alimenti.

(4) Per es: fr. 16, § 2, XXIII, 2. — fr. 22, § 7, XXIV, 3.

(5) Nondimeno il marito non ha dritto di punir sua moglie: const. 8, § 2, V, 17. — Nov. 117, c. 4.

(6) Fr. 5, XXIII, 2.—fr. 65, V, 1.—const. 9, X, 39.

(7) Arg. cost. 22, IX, 47. — const. 24, V, 16.

(8) Const. 21, II, 13.

(9) Fr. 2, XLVII, 10.

(10) Fr. 21, pr, XXIV, 1.— fr. 22, § 8, XXIV, 3. Il marito non può pretendere degli alimenti dalla moglie (a). Muhlenbruch, *Pand.* § 531, nota 3.

(11) Const. 9, X, 39. — const. 13, XIII, 1. — Nov. 23, c. 36.

(12) Fr. 32, § 1, L, 1.

(13) Nondimeno, nel dubbio, e fino a prova del contrario, tutto ciò che si trova nella casa dello sposo è riguardato

(a) Il che contraddice a quello che in altra nota poco innanzi s'è detto, i coniugi essere vicendevolmente tenuti agli alimenti. Il Voet sicuramente afferma che gli alimenti son dovuti dalla moglie: «Il consorzio fatto di tutta la vita comanda che come la moglie povera dal marito, così pure il marito bisognoso dalla moglie debba essere alimentato, nè cosa alcuna è tanto umana, quanto che la moglie sia partecipe de' casi fortuiti del marito, e così viceversa; tra' quali fortuiti casi è da noverar parimente la inopia, arg. *L.* 29, *C. de jur. dot.* junct. *L.* 22, § 7, *D. solut. matrim.* » Comm. Pand. XXV, 3, § 8. E tal è pur la disposizione delle nostre Leggi, le quali per siffatta causa degli alimenti permettono anche al marito di alienare l'immobile dotale, in quella forma che si può vedere nell'art. 1371.
(*Trad.*)

ciò dev'esser fatto con una particolar disposizione. Per quel che concerne i beni de'coniugi, noi ragioneremo: della dote *(dos)*, della donazione a cagion del matrimonio *(donatio propter nuptias)*, de'beni parafernali *(paraphernа)*, de'patti dotali *(pacta dotalia)*, e della donazione tra coniugi *(donatio inter virum et uxorem)*.

§. 552. A. *Della dote.*
1. *Nozione.*

La dote *(dos, res uxoria)* (1) è quel tanto che la moglie medesima o qualunque altro in suo nome trasferisce al marito (2) per aiutarlo a sopportare i pesi del matrimonio. Il marito conserva cotali beni fintantochè il matrimonio sussiste, ma disciolto che sia questo, egli deve restituirli, e può per tale effetto esser richiesto con l'azione *dotis*. La costituzion della dote presuppone un matrimonio valido: *dos sine nuptiis esse non potest* (3).

§. 553. 2. *Dell'obbietto della dote.*

Tutto ciò che aumentar può le sostanze del marito, può pure essere obbietto della dote. Il perchè, non solo de'beni corporali d'ogni sorta, ma similmente un dritto reale (4), la rinunzia *dotis causa* ad un dritto reale (5), un credito contro terzi (6), la remission di un credito contro lo stesso marito *(liberatio mariti dotis causa facta)* (7), e finalmente la rinunzia *dotis causa* fatta in favor del marito ad un dritto acquistato per testamento (8), possono costituir l'obbietto della dote. La moglie può eziandio costituire in dote tuttaquanta la sua facoltà, la quale allora comprende i beni che le avanzino dopo dedotti i debiti. Ma la costituzion di una dote non ingenera mai una successione universale; ondechè il marito, nel caso anzidetto, non è personalmente tenuto de'debiti della moglie (9). Ma la moglie ordinata erede sotto la condizione d'impiegare i beni ereditari a costituirsi una dote, è tenuta in qualità di erede, e quand'ella trasferisce tali beni a suo marito a nome di dote, questi può bene esser richiesto mediante la *hereditatis petitio utilis* (10).

siccome sua proprietà ed acquistato da lui per proprio conto: fr. 51, XXIV, 1. —const. 6, V, 16.—Schaper, *De reg. jur. quod in casu dubio omnia bona mariti esse præsumenda sint, caute adhibenda.* Helmst. 1771.

(1) Ulpiano, VI. — Paolo, II, 21, 22.— Cod. Theod. III, 13. — Dig. XXIII, 3-5. — Cod. V, 11-15. — Nov. 91; 97, c. 2-6; 100; 109. — Frag. Vat. tit. *de re uxoria ac dotibus.* — Doneau, *Comm.* XIV, 4-8. — Caponi, *Tract. de dote.* Col. Allobr. 1733.—Finestres et De Monsalvo, *De jure dotium.* Cervariæ, 1754.—Geyert, *Diss. de juribus et oblig. circa dotem.* Gœtt. 1785. —Schenk, *Del dritto dotale prima di Giustiniano.* Landshut, 1812.—Rambonnet, *Spec. observ. quibus illustratur historia juris dotium apud Rom.* Tr. ad Rh. 1819.—Gluck, *Comm.* XXIV, 1230. — Hasse, *Del dritto de'beni coniugali appo i Romani*, t. 1, Berlino 1824. — Zimmern, *Rechtsg.* t. 1, § 156-61.— Von Tigerstroem, *Del dritto dotale de'Rom.* Berlino, 1831; t. 2, 1832.

(2) Se il marito è ancora sotto alla potestà paterna, la dote si costituisce al padre di famiglia: fr. 57, 59 pr. XXIII 3.

(3) § 12, J. I, 10 —fr. 3, 21, 39 § 1; fr. 43, pr. fr. 76 in fine, XXIII, 3. — fr. 4, § 2, II, 14. — const. 20, V, 3.

(4) Fr. 7, § 2, XXIII, 3.

(5) Fr. 57, XXIV, 3.

(6) Const. 2, IV, 10.

(7) Fr. 12, § 2; fr. 41, § 2; fr. 43, pr. XXIII, 3.

(8) Fr. 14, § 3, XXIII, 5.

(9) Fr. 72, XXIII, 3. — const. 4, V, 12. — fr. 39, L, 16.

(10) Fr. 13, § 10, V, 3.

§. 554. 3. *Delle specie della dote.*

Tutti coloro, i quali possono liberamente disporre de' loro beni, possono costituire una dote.

1. Ma quant'è al dritto di esigerne la restituzione dopo il discioglimento del matrimonio, vuolsi far distinzione infra la dote profettizia (*dos profectitia*) e la dote avventizia (*dos adventitia*).

La dote profettizia è quella direttamente o indirettamente provegnente da' beni del padre o dell'avolo paterno della moglie, nulla montando se sia stata costituita da lui proprio, o se da persona incaricata da lui (1). Qui la legge dà al padre, caso che la figliuola sua maritata si morisse, l'azione *dotis*, anche quand'egli non s'abbia espressamente riservato tal dritto (2).

Chiamasi dote avventizia quella che non è profettizia, sia che costituita dalla moglie medesima d'in sulla sua particolar facoltà (3), o che dalla madre di lei, o che da un terzo (4). L'azione *dotis*, in tal caso, compete mai sempre alla moglie ed a' suoi eredi, eccetto quando il dotatore avesse stipulato che la dote si dovesse a lui stesso restituire; la qual maniera di dote piglia il particolar nome di *dos receptitia* (5).

2. Per principio generale, nessuno è tenuto a costituire una dote contra suo grado. Nulladimeno, il padre e l'avolo paterno della sposa son tenuti a dotarla secondo lor facoltà (6), quand'ella non abbia beni suoi propri (7); e la madre similmente, ma sol per gravi motivi (8). Alcuni autori avvisano che anche la stessa moglie sia obligata di costituire una dote, s'ell'ha del bene (9). Oggi chiamasi *dos necessaria* quella che alcuno è tenuto a costituire, per opposto a *dos voluntaria*, ch'è quella dipendente dalla volontà del costituitore.

3. Qualunque dote, la qual non sia di danari, può nell'atto ch'essa è costituita al marito esser valutata per un certo prezzo (*dos aestimata*): in questo caso, il marito è risguardato come compratore de' beni dotali e come debitore alla moglie del prezzo tassato (*dos venditionis causa aestimata*); ma egli conserva, dopo disciolto il matrimonio, il dritto di restituire o la

(1) Fr. 5, pr. § 1-8, XXIII, 3. — Ulp. VI, 3.

(2) Fr. 6, pr. XXIII, 3. — Ulp. VI, 4. — const. 4, V, 18.

(3) Tigerstroem, t. 1, p. 4, è di differente avviso. Egli la chiama semplicemente *dos*, per opposito a *dos profectitia et adventitia*: ma si vegga il fr. 5, § 11 in fine, XXIII, 3.

(4) Fr. 5, § 9, 11, 14, ibid. — Ulpiano, VI, 3.

(5) Ulp. VI, § 5, 6. — fr. 33, XXIII, 3. — fr. 31, § 2, XXXIX, 6. — const. un. § 13, V, 13.

(6) Fr. 19, XXIII, 2. — fr. 69, § 4, XXIII, 3. — fr. 6, XXXVII, 6. — const. 7, V, 11. — La potestà paterna qui non fa nulla; pertanto, la figliuola emancipata ha il dritto di esigere una dote da suo padre: arg. fr. 5, § 11, 12, XXIII, 3, e const. 7, cit. — Il padre adottivo è parimente tenuto di dotar la sua figliuola adottata: fr. 5, § 13, ibid. — Ma l'obligo di dotar la figliuola non passa agli eredi del padre, salvo ch'egli non avesse già promesso la dote in sua vita: fr. 44, XXIII, 3. — const. 5, V, 11. — Il dritto romano non parla dell'obligazion del padre di dotar sua figlia da capo per lo medesimo matrimonio, quando la prima dote è fortuitamente perita. Ma egli è tenuto di dotarla per un secondo matrimonio, quando ha ricuperato la dote primieramente costituita; auth. *Sed quamvis*, C. V, 13.

(7) Arg. fr. 5, XXV, 3. — fr. 44, pr. XXIII, 3. — *V.* però la const. ult. V, 11.

(8) Const. 14, V, 12. — *V.* const. 19, § 1, 1, 5.

(9) Tigerstroem, t. 1, p. 59, a cagion del fr. 52, XXVI, 7. — const. 9, 22, V, 37. — Hasse, a cagion del fr. 32, § 2, XII, 6, pensa altramente.

dote medesima, o quel prezzo (1). La dote può pure esser tassata per saper solamente ciò che la donna porta in matrimonio (2).

§. 555. 4. *Della forma della costituzion della dote.*

La dote si può costituire:

A. Per *atto tra vivi*, e segnatamente:

1. Nel vecchio diritto (3) poteva esser costituita mediante *promissio dotis*, cioè a dire con una promessa di dote fatta col mezzo della stipulazione; o pur mediante *dictio dotis*, cioè con promessa di dote fatta con parole solenni, senza precedente dimanda, e senza che l'accettazion della promessa fosse necessaria (4); o finalmente mediante *datio dotis*, vale a dire con la tradizion reale dell'obbietto della dote, senza nè *promissio* nè *dictio* antecedente (5).

2. Ma il dritto nuovo non più richiede per la promession della dote l'antica forma per *promissio* ovvero *dictio*. Qualunque promessa accettata, anco la semplice *pollicitatio dotis*, la quale nel nuovo dritto è sottentrata all'antica *dictio*, è valida e produce un'azione (6). Esso dritto concede pure a colui, al quale è stata promessa una dote, una ipoteca legale per tal conto, sopra tutti i beni del promettitore (§ 348) (7). La *datio dotis* ha serbato nel nuovo dritto lo stesso valore attribuitole dal dritto antico.

B. La costituzion della dote può esser fatta con *atto di ultima volontà*:

1. Quando alcuna cosa è stata legata alla moglie *dotis nomine*, questa è tenuta di darla in dote al marito.

2. Quando la cosa è legata siccome dote direttamente allo stesso marito, la costituzion della dote risulta dal legato medesimo (8).

Del resto, la costituzion di una dote non si presume mai: chi pretende ch'una cosa è dotale, deve provarlo (9).

§. 556. 5. *De' dritti del marito in sulla dote.*

Durante il matrimonio, il marito è maisempre padron della dote; ma stantechè la moglie può, dopo disciolto il matrimonio, chiederne la restitu-

(1) Fr. 10, pr. XXIII, 3.— fr. 9, § 3, XX, 4. — const. 5, V, 12. — const. un. § 9, 15, V, 15. — Quanto è agli effetti di siffatta estimazione della dote, *v.* appresso i §§ 556, 559.

(2) Fr. 10, § 6; fr. 69, § 7, XXIII, 3. — fr. 50, XXIV, 3. — const. 1, V, 23. — const. 21, V, 12.

(3) Ulp. VI, 1. — const. 3, C. Th. III, 13. — Heineccius, *Ant. Rom.* II, 8, § 4-7.

(4) Hugo, *Rechts.* p. 624.— I più degli autori dissentono: Gluck, *Comm.* XX, p. 200. — Hasse, § 82. — Schweppe, *Rechts.* § 398. — Zimmern, t. 1, § 158. — Tigerstroem, § 13.

(5) Fr. 41, § 2; fr. 43, pr.; fr. 48, § 1, XXIII, 3.

(6) Const. 3, 4, C. Th. III, 13.— const. 25, IV, 29.

(7) Const. un. § 1, V, 13. — Quant'è agli interessi da pagarsi per la *dote promessa*, *v.* const. 31, § 2, V, 12. — Gottschalk, *De dotis tam promissæ quam ex lege prestandæ usuris.* Dresd. 1834. Quanto alla *evictio dotis:* const. 1, V, 12. — Gluck, *Comm.* XX, 198; XXV, 80.

(8) Fr. 48, § 1, XXIII, 3.—fr. 77, § 9, XXXI. — fr. 71, § 3, XXXV, 1.

(9) Baner, *Diss. bona uxoris paraphernalia esse præsumenda.* Lips. 1762.—Meister, *Diss. de bonis uxoris ex juris rom. præsumptione non paraphernalibus sed dotalibus.* Gœtt. 1769. — Gluck, *Comm.* XXVII, 1278 (a).

(a) Le nostre Leggi civili presumono la qualità dotale in tutto ciò ch'e donato alla donna nel contratto del matrimonio: ma per tale effetto alcuni richieggono che gli sposi abbiano dichiarato che intendono maritarsi sotto la regola dotale; la quale opinione, veramente, pare a noi contraria tanto alla mente del legislatore, tutta intesa a proteggere gl'interessi della debole donna, quanto alla espressa dichiarazione dell'art. 1346. (*Trad.*)

zione, puossi egualmente dir che la dote appartenga a' beni della moglie (1). Come proprietario della dote, il marito ha il dritto di amministrare i beni dotali, raccorne tutti i frutti, impiegarli (2), senza esser tenuto di render conto della sua amministrazione o di dar cauzione (3). Egli acquista le accessioni della dote (4) e tutto ciò che sottentra in luogo di quella (5); come pur tutto quanto acquistano gli schiavi nella dote compresi (6). Egli trasmette la dote a' suoi eredi (7). Oltre a ciò, ha il dritto di ridomandare i beni dotali contro qualunque possessore, anche contro la stessa moglie (8); al quale effetto la legge gli dà così l'azion di ricuperazione, come l'azion publiciana (9). Finalmente, può egli alienare i mobili dotali, anco senza il consenso della donna (10), disporne a pro di un terzo (11), spendere i danari dotali, dinunziare e riscuotere i crediti dotali, senza che perciò sia bisogno di una cession della moglie (12). Quant'è agli immobili dotali, ogni

(1) Caio, II, 63, 63. — Pr. J. II, 8.—fr. 7, § 3; fr. 75, XXIII, 3.—fr. 21, § 4, L, 1.—fr. 3, § 5, IV, 4.— const. 23, 30, V, 12. — La quistione di qual dritto il marito avesse in sulla dote, ha in ogni tempo divisi i giureconsulti in tre opinioni:

1) Secondo quella più generalmente ricevuta un tempo da' giuristi, il marito diventa verace proprietario della dote, se questa consiste in cose fungibili, oppur gli è stata tassata *venditionis causa*: in ogni altro caso, la vera proprietà *(dominium naturale)* rimane alla moglie; ma tal proprietà durante il matrimonio ristà per la donna, ed intanto la esercita il marito *(dominium civile)*. Hellfeld, *Jurispr. for.* § 1234-36.—Thibaut, *Pand.* § 447-48.

2) Giusta un'opinion più moderna, ma già professata da Cuiacio (*Observ.* X, 32), il marito divien sempre proprietario unico della dote, e la donna non altro ha che un'azione per chiederne, quando sia il caso, la restituzione. Hasse; Gluck, Zimmern.

3) Finalmente, Tigerstroem s'è dichiarato contrario a tutt'e due tali opinioni: secondo lui, la moglie serba la proprietà della dote, ed il marito ne acquista soltanto l'usufrutto ed il maneggio. Simigliante avviso vedesi già professato dal Doneau, *Comm.* XIV, 4 (a).

(2) Fr. 7, pr.; fr. 10, § 3, XXIII, 3.— const. 20, V, 12. Egli acquista i frutti come proprietario, per la forza dell'accessione; epperò non ha bisogno di prima raccorli: fr. 78, pr. ibid.

(3) Const. 1, 2, V, 20.

(4) Fr. 4, XXIII, 3. Esse gli appartengono siccome la dote medesima, della quale fan parte, ed insiem con la quale el deve restituirle: fr. 10, § 1-3; fr. 69, § 9, XXIII, 3. — const. 1, § 9, V, 13.

(5) Quanto alle *res dotali pecunia comparatæ*, *v.* fr. 26, 27, 32, 54, XXIII, 3.— fr. 22, § 13, in fine, XXIV, 3. — const. 12, V, 12. — const. 7, VII, 8. — Gluck, VIII, 167, annovera nel più compiuto modo le opinioni il più delle volte false degli antichi giureconsulti.

(6) Fr. 10, § 1; fr. 65, XXIII, 3. — fr. 58, XXIV, 3. — fr. 3, pr. XXIII, 5.

(7) Fr. 1, § 1, XXIII, 5.—fr. 62, XLI, 1. — S'intende da sè, che l'azione *dotis*, per far restituire la dote, ha parimente luogo contro agli eredi del marito. Quando la dote non era costituita al marito medesimo, ma al suo padre di famiglia, essa, morto quest'ultimo, non passava agli eredi di lui, sì bene al marito medesimo; com'è già chiaro per la natura e destinazion della dote: fr. 56, § 1, 2, XXIII, 3. — fr. 58, XXXV, 2. — fr. 20, § 2; fr. 46; fr. 51, pr. X, 3.

(8) Const. 11, V, 12.— const. 9, III, 32. —fr. 24, XXV, 2. S'essi cadono in mani estranie, e se il marito non ne li riscuote, la prescrizione comincia a correre dallo stante che la donna può ella stessa far valer sue ragioni: const. 30, V, 12.

(9) Fr. 3, § 1, VI, 2. Se gli è stata costituita in dote una cosa altrui, può egli usucaperla a nome di dote, *pro dote*: Caio, II, 63. — fr. 67, XXIII, 3. — Dig. XLI, 9. — Cod. VII, 28.

(10) Pr. J. II, 8.— fr. 42, XXIII, 3. — Egli ha per conseguente il dritto di affrancar gli schiavi dotali: const. 3, V, 12. — const, 1, 7, VII, 8.

(11) Fr. 13, § 4, XXIII, 5.—fr. 1, § 10; fr. 7; fr. 13, XXXIII, 4.—const. 12, V, 3.

(12) Const. 2, IV, 10.

(a) Questa terza opinione è anche quella seguitata nella presente nostra legislazione; ed i giureconsulti vi aggiungono questo natural corollario, che il marito adunque non potrebbe mai per se solo intentare l'azion petitoria, ma le sole possessorie: Rogron, sull'art. 1549 del Cod. civ.

(*Trad.*)

alienazion volontaria gli è interdetta, quando bene la donna ne fosse contenta (1), epperò neppur può darli in ipoteca; eccetto un sol caso, cioè quando il fondo sia stato estimato *venditionis causa*, nel quale egli può alienarlo (2). L'alienazione di un fondo dotale, fatta dal marito contro il divieto della legge, può essere oppugnata dalla donna siccome nulla e di niuno effetto, dall'ora ch'ella stessa o pure i suoi eredi hanno il dritto di domandar la restituzion della dote; e con tal mezzo, il fondo esser ricovrato (3). Il marito però, nè gli eredi di lui non hanno il medesimo dritto, allorchè volessero farlo nell'interesse lor proprio, massime quando dopo disciolto il matrimonio essi acquistano la dote (4): ma il marito, allorchè l'interesse della sua donna il richiede, è autorizzato ad attaccar l'alienazione da lui fatta della dote, perciocch'egli altrimente non potrebbe restituirla (5). Da ultimo, se la donna medesima diventasse erede di suo marito, non potreb-b'ella oppugnar l'alienazione illegale, se non in quantochè la succession del marito non la satisfacesse della sua dote (6).

§. 557. *De' doveri del marito in ordine alla dote.*

I doveri del marito rispetto alla dote sono, durante il matrimonio, ch'egli deve impiegar pel bene del matrimonio le rendite della dote; deve altresì sopportare i pesi e le spese necessarie allo acquisto de' frutti, quandochè durante esso matrimonio tutti i vantaggi della dote vanno a lui (7). Se il marito non usasse cura bastante nell'amministrazion della dote, la moglie avrebbe il diritto di domandar degli spedienti conservativi (8); e quando vi fosse pericolo imminente di perdita, ella potrebbe anco esigere la restituzion della dote durante il matrimonio (9).

§. 558. 7. *Della restituzion della dote.*
a. *Delle persone che possono dimandarla.*

Discioltosi il matrimonio, i dritti del marito in sulla dote cessano, e questa dev'esser restituita (10).

1. Se il matrimonio si scioglie con la morte della donna, il padre o pur l'avolo paterno ha il dritto di ricovrar la *dote profettizia* da lui costituita, quand'anche non si foss'egli riservato il dritto di ripigliamento, e senz'aver risguardo nè alla potestà paterna, nè a' figliuoli nati del matrimonio (11). Questa regola nondimeno soggiace ad eccezione, se nella dotazione si con-

(1) Caio, II, 63.—Pr. J. II, 8, e Teofilo ivi.—Dig. XXIII, 5.—Cod. V, 23.—const. un. § 15, V, 13. — Il divieto non si distende all'alienazion necessaria: const. 2, V, 23. — *V.* in generale: Hommel, *Diss. de fundo dotali ejusque alienatione.* Lips. 1787. — Gluck, Comm. XXIII, 1250.

(2) Fr. 10, § 6, XXIII, 3.—fr. 11, XXIII, 5.—const. un. § 15, V, 13. Eccetto quandola donna si riserbò, nel farsi la estimazione, la scelta di ridomandare al discioglimento del matrimonio o il fondo o la sua valuta: const. 1, V, 23.

(3) Const. 30 in fine, V, 12.—fr. 13, § 3, XXIII, 5.

(4) Fr. 17, ibid.—Arg. fr. 17, XXI, 2. — fr. 3, XXI, 3. — const. 11, VIII, 45.

(5) Arg. const. 16, V, 71, e const. 1, VI, 60.

(6) Fr. 13, § 4, XXIII, 5. — fr. 77, § 5, XXXI.

(7) Fr. 3, § 1; fr, 13; fr. 16, XXV, 1.

(8) Fr. 22, § 8, XXIV, 3.

(9) Fr. 24, pr. ibid.

(10) Ulp. VI, § 4-7.—Dig. XXIV, 3. — Cod. V, 13, 18.—Gluck, *Comm.* XXVII, 1273.

(11) Fr. 6, pr. XXIII, 3.—const. 4, V, 18. — Questo punto era già soggetto di discussione infra' chiosatori Bulgaro e Martino.— Se la dote provien dall'avolo uscito di vita al tempo della restituzione, essa ritorna al padre ovvero al marito: fr. 79, pr. XXIII, 3.—fr. 6, XXXVII, 6. — fr. 7, § ult. XV, 3.

venne che il marito, morendo la moglie, riterrebbe la dote (1). La *dote avventizia* si trasmette agli eredi della moglie, salvochè il terzo constituitore non ne abbia stipulato il riprendimento (§ 554) (2).

2. Se il matrimonio si scioglie vivendo la moglie, qualsiasi dote ritorna a lei pel dritto nuovo (3), eccetto quando il terzo costituitore ha stipulato che sarebbe a lui restituita, o quando la donna l'avesse consumata.

Sonovi alcuni casi, segnatamente quando il marito impoverisca, che la restituzione *deve* esser fatta durante il matrimonio (4); altri, ne' quali il marito è *libero* di restituire in detta durazione (5): ma per principio generale non è in arbitrio del marito di restituir la dote mentrechè il matrimonio dura, perciocchè vi si scorgerebbe una donazione alla moglie, la qual sarebbe nulla (6).

§. 559. b. *Dell'obbietto della restituzione.*

La natura della cosa data in dote è il primo punto da esaminarsi per risolver la quistione di che debba esser restituito siccome dote (7).

A. Se la dote consiste in danari o cose fungibili, il marito deve allo sciogliersi del matrimonio restituire una egual somma di danari o una egual quantità di cose della stessa qualità, stantechè durante il matrimonio tali cose stavano a suo rischio e pericolo (8).

B. Se altre cose, mobili ovvero immobili, sono state costituite in dote, fa luogo distinguere :

1. Se gli sono state valutate *venditionis causa*, si presume che la dote gli è stata venduta, quando altro non sia stato espressamente convenuto(§554). Tal dote è, veramente, a suo rischio durante il matrimonio, ma disciolto che sia questo, è in sua elezione o di render la cosa medesima *(in specie)* o di darne tanto danaro, per quanto allor fu valutata (9).

2. Ma se i beni dotali gli sono stati dati senza estimazione, o almeno non sono stati estimati *venditionis causa*, i suoi dritti ed obligazioni son come segue :

a) Egli dee restituir le cose dotali medesime (*in specie*): è tenuto pel dolo, per la colpa, e deve avere ad esse quella cura medesima ch' a' suoi propri affari (*diligentia quam in suis rebus*); ma non è tenuto del danno fortuito (10). Ne'casi ch'egli avesse validamente alienato i beni dotali, deve restituirne il valsente (11).

(1) Fr. 12, pr. XXIII, 4.—fr. 48, XXIV, 3. — fr. 17, XXIII, 5. — const. 6, V, 14.

(2) Const. un. § 6, 13, V, 13. – Del dritto vecchio, *v.* Ulpiano, VI, 5. — fr. 22, pr.; fr. 29, § 1, XXIV, 3.

(3) Const. un. § 6, 13, V, 13. — Del dritto vecchio, *v.* Ulpiano, VI, 6. — fr. 2, XXIV, 3. — La dote profettizia appartiene egualmente alla donna, const. un. § 11 cit., e'l padre non può ridomandarla al marito, senonchè col consenso di lei : const. un. § 14, ibid.

(4) Fr. 24, pr. XXIV, 3.—const. 29, V, 12. — const. 1, V, 17. — Nov. 97, c. 6. — In tali casi le rendite della dote debbono, come per innanzi, servire al ben esser del matrimonio ed al mantenimento de' coniugi : i creditori del marito non possono avervi alcuna pretensione. Const. 29, cit.

(5) Fr. 20, XXIV, 3. — fr. 73, § 1, XXIII, 3.

(6) Fr. 28, XXIII, 4. — const. un. V, 19. — const. 20, V, 12. — Gluck, *Comm.* XXVII, 1276.

(7) De Meyerfeld, *Disp. de dote reddenda etc.* Marb. 1826.

(8) Fr. 41, § 4; fr. 42, XXIII, 3.

(9) Fr. 10, pr. ibid. — fr. 9, § 3, XX[illegible] 4. — const. 5, V, 12. — const. un. § 9, 15, V, 13.

(10) Fr. 17, pr. XXIII, 3.—fr. 18, § 1; fr. 24, § 5; fr. 25, § 1; fr. 66, pr. XXIV, 3.

(11) Arg. fr. 54, XXIII, 3, e const. 12, V, 12.

b) Insiem con la cosa principale, è tenuto a restituir tutte le accessioni sopraggiuntevi durante il matrimonio (1).

c) Quanto a' frutti, è principio generale che il marito ha dritto a tutti quelli prodotti durante il matrimonio. Pertanto se il matrimonio è durato lo spazio di più portate di frutti, questi appartengono tutti al marito, nè deve punto restituirli: ma se il matrimonio ha avuto principio ovvero fine nel corso di una portata di frutti, il marito avrà solo una parte di questi, ragguagliata al tempo che il matrimonio ha occupato di tale stagione; il restante appartiene alla donna o a' suoi eredi, poco importando se la raccolta ne sia stata fatta dal marito o pur dalla donna (2).

d) D'altra parte, il marito ha il dritto di ridomandar le spese fatte durante il matrimonio per l'amministrazion de'beni dotali (3): quanto alle spese necessarie, la legge gli dà un dritto di ritenimento e di compensazione (*impensae necessariae ipso jure dotem minuunt*), e dopo la restituzion della dote la *condictio indebiti* o *sine causa*; quant'è alle spese utili, la legge non gli concede altro che l'azien di mandato o l'azion contraria di maneggio di negozi; e quanto alle voluttuarie, il dritto di torle via (*jus tollendi*) (4).

C. Quando la dote consiste in un dritto reale conceduto a nome di dote, questo cessa al disciorsi del matrimonio (5).

D. Se un credito è stato dato in dote, esso dev'esser retroceduto, quando ancor sia in essere al discioglimento del matrimonio; se no, il marito deve darne il valsente.

E. Il debito, onde il marito sia stato liberato a nome di dote, pel disciolto matrimonio rivive (6), e quando pel rispetto medesimo (*dotis nomine*) s'è rinunziato un dritto acquistato per testamento, tal diritto o pure il suo obbietto dev'esser restituito alla donna (7).

§. 560. c. *Dell'azione di restituzion della dote.*

In ordine all'azione indirizzata contro al marito ed a' suoi eredi per la restituzion della dote, il dritto vecchio distingueva il caso in cui il padre della sposa o costei medesima aveano espressamente stipulata la restituzione, da quello in cui non l'aveano stipulata. Nel primo caso, la legge attribuiva loro l'azione *ex stipulatu de dote reddenda*, la qual era di stretto diritto, ch'è quanto dir che obligava il marito a restituir tutto quanto avesse ricevuto, quand'anche ne dovesse impoverire; nel secondo caso, invece, dava lor l'azione *rei uxoriae s. dotis*, la quale essendo un'azion di

(1) Fr. 10, § 1-3, XXIII, 3.—const. 1, § 9, V, 13.

(2) Fr. 7, § 1, XXIII, 3. — fr. 5, 6; 7, pr. § 1, 2, 3, 6, 7, 8, seg.; fr. 25, § 4; fr. 31, § 4, XXIV, 3.—const. un. § 9, V, 13. — Circa il compntamento della porzion del marito, giusta il fr. 7, § 1, XXIV, 3, vedi Cuiacio, *Ad Pauli Sent. II, 22, § 1; Ad Papin. Quæst. XI; Observ. XIV, 22.* —*Comm. jur. civ.* II, 8, c. 10, n° 8.—Doneau, *Comm.* XIV, 7. — Particolarmente: Schrader, *De divisione fructuum dotis.* Helmst. 1805. — Gluck, *Com.* XXVII, 1276. — Kubel, *De dotis fructibus soluto matr. dividendis.* Tubingæ, 1841.

(3) Ulp. VI, 14-17. — Dig. XXV, 1. — Valett, *Diss. de retentionibus ex dote faciendis.* Gœtt. 1820. — Biener, *Interpr. et resp. cap. 18, de impensarum in res dotales factas repetitione.* Lips. 1824.

(4) § 37, J. IV, 6.—fr. 56, § 3, XXIII, 3. — fr. 5, pr. § 1, 2; fr. 7, § 1; fr. 8-11, pr. XXV, 1. — fr. 7, § 16, XXIV, 3. — const. un. § 5, V, 13. — Gluck, *Comm.* XXVII, 1280.

(5) Della restituzion di un usufrutto costituito in dote, *V.* fr. 51, XXIV, 3.—fr. 66, 78, § 2, XXIII, 3. — De Zahn, *Diss. illato ab uxore vel ejus nomine usufructu, quid maritus vel ejus heres restituat?* Lips, 1832.

(6) Fr. 12, § 2; fr. 43, pr. XXIII, 3.

(7) Fr. 14, § 3, XXIII, 5.

buona fede, non poteva astrignere il marito a più del suo potere *(in quantum facere potest)*. Il terzo, il quale avea stipulato che la dote ritornerebbe a lui, aveva in tutti i casi la sola azione *ex stipulatu* (1).

Ma per lo dritto di Giustiniano, la donna, i suoi eredi, e suo padre, possono mai sempre ridomandar la dote con un'azione *ex stipulatu*; anche quando nessuna stipulazione *de reddenda dote* non fosse intervenuta: però, questo imperatore ordinò che tale azione *ex stipulatu*, del pari che quella *rei uxoriae*, sarebbe sempre risguardata siccome azion di buona fede. Ond'è che il marito non può esser condannato sopra alla facoltà sua, ma si deve promettere ch'ei pagherà dipoi quel che restituisce di meno, se meglioverà fortuna (2). Il terzo costituitor di una dote non ha azion di restituzione, se non quando s'abbia espressamente riservato il dritto di riprendimento (3).

§. 561. d. *Del tempo della restituzione.*

Quant' è al tempo in cui la dote doveva esser restituita, il dritto vecchio distingueva tra quella di cui poteva cercarsi la restituzione con l'azione *ex stipulatu*, e quella che poteva esser ridomandata mediante l'azione *rei uxoriae*. La prima poteva esser raddomandata tutta, sittostochè fosse disciolto il matrimonio, quando bene nulla più rimanesse al marito: quanto alla seconda, il marito non era tenuto a restituir le quantità (4) ricevute, se non in tre termini di un anno ognuno *(annua, bima, trima die)*; tutte le altre cose dovean restituirsi subito dopo il discioglimento del matrimonio, ma il marito non poteva esser condannato a più del suo potere (5).

Ma Giustiniano dispose, gli immobili dotali s'avessero a restituir di presente, salvochè altro non fosse convenuto. Quant'è a' mobili, tra'quali vanno pure le quantità, bisogna esaminar se danno una determinata rendita pagabile da un terzo, o se il marito gli ha impiegati per gli affari o nella industria sua propria. Nel primo caso, l'entrate di quell'anno in cui cessa il matrimonio, debbono essere spartite, in ragguaglio al tempo, tra 'l marito e la moglie o i suoi eredi; nel secondo, il marito non dee restituirli, se non a capo di un anno. Il marito o pure i suoi eredi in mora di restituir la dote al tempo statuito, ne pagan gl'interessi di quattro per cento (6).

§. 562. e. *Della garentia data alla donna, della restituzion della dote.*

Eccetto la proibizione dal vecchio diritto fatta di alienar l'immobile dotale, poche sicurezze aveva esso date alla donna per la restituzion della dote. Se costei non s'era, a tale effetto, fatto dare ipoteca dal marito, essa in caso di concorso non altro avea che un privilegio essenzialmente personale *(privilegium exigendi)* sopra i creditori chirografarii (7).

Ma Giustiniano le dette a poco a poco maggiori sicuranze:

1. Egli ordinò da prima, nel 528 (8), che quando la moglie fosse auto-

(1) Const. un. V, 13.

(2) Const. un. § 7, V, 13. — § 37, J. IV, 6. — Slemann, *De veteris dotis actionum, rei uxoriæ atque ex stipulatu, differentiis*. Kilæ, 1826.

(3) Const. un. cit. § 13.

(4) Cioè danari, o altre cose fungibili, le quali non dovean restituirsi le medesime *(in specie)*, ma altre tali della stessa quantità. *(Trad.)*.

(5) Di siffatto dritto vecchio, *v.* Ulp. VI, 8. — Fragm. Vat. § 94-122.

(6) Const. un. § 7, V, 13. — Schrader, *De div. fructuum dotis*, § 27. — Gluck, *Comm.* XXVIII, 1276.

(7) Fr. 17, § 1, XLII, 5—fr. 74, XXIII, 3. — const. un. VII, 74.

(8) Const. 29, V, 12. — Cf. fr. 24, pr. XXIV, 3. — const. 30 in fine, V, 12. — Nov. 97, c. 6.

rizzata a ridomandar la dote durante il matrimonio, per cagion della rovina del marito (1), ed attenersi a' costui beni d'accordo ipotecati a tale effetto, ella potesse non solamente, allorchè si trovasse in possesso di siffatti beni, opporre una eccezione a' creditori ipotecarii posteriori, ma eziandio intentar l'azione ipotecaria avverso i possessori de' beni ad essa ipotecati, se lor dritto non fosse anteriore e più favorito: e volle che non si potesse in tal caso opporre alla donna la eccezione di non essere il suo matrimonio disciolto.

2. Poi, con costituzione fatta nel 529, lo stesso imperatore prescrisse (2):
a) Che la donna potrebbe ricercar come cose sue proprie (*quasi suas proprias*), mediante un'azion reale, tutti i beni dotali in essere allo scioglimento del matrimonio, mobili o immobili, stimati o pur no, e che nessun creditore non l'entrerebbe innanzi con la sua ipoteca.
b) Ch'essa avrebbe in su'beni dotali una ipoteca legale, e la scelta di ricuperar la cosa o mediante un'azion reale, ovvero l'azione ipotecaria, e che per quest'ultima ella starebbe innanzi a tutti gli altri creditori ipotecarii del marito.
c) Finalmente, egli volle che qualunque prescrizion relativa alle dette due azioni, non cominciasse a correre se non dal tempo in cui la donna avesse potuto intentarle.

3. Nel 530, Giustiniano concesse alla donna, per sicurtà di sua dote, una legale ipoteca generale in su' beni del marito; la quale ipoteca, egualmente data agli eredi ed al padre della donna ne' casi che avessero essi dritto alla restituzion della dote, non si estendeva al terzo dotatore, nè postergava i creditori ipotecarii anteriori e più favoriti (3).

4. Per ultimo quel Principe nel 531 statuì che la moglie, ma sol essa, fosse per questa ipoteca privilegiata sopra tutti gli altri creditori con pegno ovvero ipotecarii del marito (4).

§. 563. B. *Della donazione a cagion del matrimonio.*

Allato alla dote noi troveremo nel romano dritto una sorta di donazione detta un tempo *donatio ante nuptias* ovvero *antenuptialis*, ed a cui Giustiniano dette il nome di *donatio propter nuptias* o pure *antipherna* (5). Conciosiachè, quando la donna avea costituito una dote, la quale il marito, per virtù del contratto di nozze, dovesse sopravvivendo conservare o tutta o in parte, egli era richiesto, per porre un cotal ragguaglio di dritti infra' due coniugi, ch'esso marito dal canto suo costituisse alcuni beni, de' quali dovea la donna profittar nel caso ch'ella sopravvivesse, e nelle circostanze medesime che il marito profittar dovea della dote: e cosiffatti beni, i quali per altro potean provenire o dal marito stesso, o da suo padre, o da un

(1) § 558, in fine.

(2) Const. 30, V, 12.—È questa constituzione differentemente spiegata: gli uni lasciano alla donna l'elezione infra l'azion reale e la ipotecaria; gli altri sostengono ch'ella, per sicurtà della restituzione, non altro abbia che l'azione ipotecaria.

(3) Const. un. § 1-4, 11, 13, V, 13.

(4) Const. 12, VIII, 18.— Nov. 97, c. 2, 3. — Nov. 109, c. 1.

(5) § 3, J. II, 7, e Teofilo ivi. —Cod. V, 3, e le const. e Nov. additate nelle susseguenti note. — Le sentenze de' giureconsulti sono per altro discordantissime in su la nozione, lo scopo, e tuttaquanta la materia di cosiffatta donazione. *V.* Schorch, *Diss. de don. propter nupt. rom. ejusque origine.* Erford. 1787. — Il medesimo, *Jurium donationis pr. nupt. rom. historiæ delineatio.* Erford. 1787-1800. — Foerster, *Diss. de orig. atque propagatione donationis ante nupt.* Vratislav. 1812. — Koch. *Diss. de don. pr. nupt.* Lips. 1818. — Gluck, *Comm.* XXV, 1212.

terzo, erano appunto quelli che formavano la *donatio propter nuptias* (1). Noi facciamo sopra ciò le seguenti osservazioni:

1. Per le disposizioni di Giustiniano la quantità de' detti beni doveva esser la medesima che quella assicurata al marito in caso che la moglie si morisse; e doveva essere aumentata in tanto, in quanto per avventura il fosse la dote (2).

2. La donazione a cagion di nozze fa parte de' beni del marito (3), il qual l'amministra durante il matrimonio e ne raccoglie i frutti, ma questi però deve usare a pro del matrimonio. Non gli è permesso di alienare, impegnare o ipotecare gl'immobili compresi nella donazione, non pur col consenso della moglie, salvo ch'ella nol rinnovi in capo a due anni. La legge dà parimente alla donna, per assicurare i suoi dritti alla donazione, una ipoteca legale, ma non già privilegiata, sopra i rimanenti beni del marito. Se questi impoverisce, la donna può domandar la donazione, allo stesso modo che la dote, durando ancora il matrimonio; però non può essa alienarla, ed è tenuta di usarne le rendite a profitto del matrimonio (4).

3. Disciolto il matrimonio, è mestieri distinguere:

a) S'esso è disciolto per la morte della moglie, o per divorzio, il marito ritien la donazione, salvo se un terzo donatore non se ne sia riserbato il riprendimento (5): ma se al marito, che chiegga divorzio, è dato il torto, egli per sua pena perde la donazione, e la moglie l'acquista (6).

b) Se per contrario il matrimonio si discioglie per la morte del marito, il contratto di nozze assicura la donazione alla donna. Nonpertanto, quando vi sien figliuoli del matrimonio, la vedova non altro acquista che l' usufrutto de' beni donati, mentrechè la nuda proprietà ne va a'figliuoli (7); ma quando non vi son figliuoli, la donna ne acquista il pieno dominio e la libera disposizione (8).

§. 564. C. *De' beni parafernali.*

Tutti i beni della moglie, che non sono dotali, si dicono *parafernali* (*parapherna*) (9): sono essi e rimangono propri al tutto della donna, la qual perciò può anche alienarli, mobili o immobili che sieno, ed il marito altre ragioni non ha sopra siffatti beni, se non quelle che alla moglie piaccia di concedergli (10). Può ella trasferirgliene la proprietà (11), o solamente incaricarlo di amministrarli (*res in parapherna datae*): nel primo dei quali casi, il marito acquista tutti i dritti di un vero proprietario; nel secondo, dev'egli render conto della sua amministrazione (12), e riparare il

(1) Const. 9, V, 14. — const. 19, 20, V, 3.

(2) Nov. 22, c. 20. — Nov. 97, c. 1, 2. — Nov. 98, c. 2.

(3) Altri la metton per contrario infra' beni della moglie; ma vedi la Nov. 61, c. 1.

(4) Nov. 61, c. 1. — Nov. 109, c. 1.

(5) Const. 18, V, 3.—const. 31, § 1, V, 12. — Nov. 22, c. 20, § 1.

(6) Const. 8, § 4, 5, 7; const. 11, V, 17. — Nov. 22, c. 8, 9, 18. — Nov. 53, c. 6.— Nov. 117, c. 9, § 4, 5; c. 13.

(7) Prima si osservava ciò solamente quando la donna si rimaritava: const. un. in fine, V, 10. — Nov. 22, c. 32, 33. Ma per disposizioni venute dopo, la nuda proprietà ne deve andare a' figliuoli immediatamente dopo la morte del padre loro: Nov. 98, c. 1.— Nov. 127, c. 3. — Nov. Leon. 20.

(8) Const. 29, V, 12. — Const. 9, 10, V, 14. — censt. 20, V, 3. — Const. 7, 8, V. 9. — Nov. 2, c. 2.—Nov. 22, c. 26.—Nov. 94, c. 1, 2.

(9) Hulder ad Eyben, *De jure paraphernorum*; nelle sue *Opera*, Argentor. 1708, p. 307. — Gluck, *Comm.* XXV, 1240.

(10) Const. 8, 11, V, 14.

(11) Fr. 9, § 2, 3, XXIII, 3. I beni parafernali non si cangiano a tal modo in dotali, mancando ad essi la intenzione di costituirli in dote (*animus dotis constituendæ*).

(12) Fr. 95, pr. XXXV, 2.

danno cagionato a sciente o anche per imprudenza. Per tal conto, egli è tenuto di avere alle cose parafernali della moglie quella cura medesima che egli è solito dare alle cose sue proprie (1), e la donna ha per sua guarentigia una ipoteca legale, ma non privilegiata, sopra tutti i beni del marito (§ 348) (2).

§. 565. D. *Delle convenzioni matrimoniali* (3).

Molto spesso gli sposi, con convenzioni matrimoniali o vogliam dire contratti di matrimonio (*pacta dotalia s. nuptialia*), per più spezial modo determinano i loro dritti rispetto a' beni (4). Tali convenzioni possono esser fatte così prima delle nozze, che dopo (5); ma nel primo caso bisogna che effettivamente tengan dietro le nozze (6). Ordinariamente son poste in iscritto (*instrumenta dotalia*), e servono allora a provar tutto quanto le parti han convenuto risguardo alla dote, e generalmente circa i loro beni. Nondimeno nè la scrittura è necessaria a siffatte convenzioni (7), nè si richiede che sieno registrate, allorchè nessuna donazione contengono (8). In esse non dev'esser cosa alcuna contraria al fine del matrimonio, all'onor del marito o alla degnità della moglie, alla destinazion propria della dote, nè cosa che possa restrignere o porre in pericolo i dritti dell'uno o dell'altro consorte sopra la dote e la donazion nuziale (9). Però, la convenzione che il marito, venendo a morte la moglie, abbia a tenersi la dote, è valida (10).

§. 566. E. *Delle donazioni infra coniugi* (11).

Le donazioni fattesi da' coniugi durante il matrimonio, son nulle, ma pur diventano valide se il donante, durando ancora il matrimonio, si muoia senza averle rivocate (12). Conciosiachè il donatore, ma non già gli eredi suoi, può in qualunque tempo rivocar la donazione, nè solamente ricusar di eseguire la sua promessa, ma eziandio raddomandare il già dato: al quale effetto la legge gli dà, se i beni sono ancora in essere, l' azion di ricuperazione; se no, la *condictio sine causa*, per quel tanto, di che il donatario si trovi arricchito nel tempo della contestazion della lite (13). Se il donante muore prima del donatario, senzach' egli abbia revocata la dona-

(1) Const. 11, V, 14.— const. 21, II, 13.

(2) Const. 11, V, 14.

(3) Dig. XXIII, 4.—Cod. V, 14.-Gluck, *Comm.* XXV, 1244.

(4) Talvolta si fa distinzione tra' *pacta nuptialia*, i quali regolano i rapporti personali de'coniugi e de'figliuoli, ed i *pacta dotalia*, i quali risguardano i loro beni.

(5) Fr. 1, pr.; fr. 12, § 1; fr. 20, pr. XXIII, 4.

(6) Fr. 4, § 2, II, 14. — fr. 21, 68, XXIII, 3.

(7) Const. un. pr. V, 13: « sive scripta fuerit stipulatio, sive non.» — const. 15, V, 12.— I grandi officiali e le persone illustri sono soli, per lo dritto giustinianeo, obligati di contrar matrimonio in iscritto: Nov. 117, c. 4, 6.— La legittimazion de'figliuoli naturali per susseguente matrimonio, richiede un contratto di nozze scritto: § 13, J. I, 10. — const. 6, 7, 10, 11, V, 27. — Nov. 89, c. 8.

(8) Const. 25, V, 16. -- Nov. 127, c. 2.

(9) *Consult. vet. Jcti*, § 4; e Paolo, *Sent. rec.* I, 1, 6. « Functio dotis pacto mutari non potest.» Per esempio: fr. 27, § 2, II, 14. — fr. 2; fr. 4, pr.; fr. 12, § 1; fr. 5, § 1, 2; fr. 6; fr. 14-17, XXIII, 4.— fr. 14, § 1, XXIV, 3. — const. 5, 6, 9, 10, V, 14. — Nov. 97, c. 1.

(10) Fr. 12, pr.; fr. 26, § 2, XXIII, 4.— const. 6, V, 14.

(11) Dig. XXIV, 1. — Cod. V, 16. — S. Gentilis, *De don. inter virum et ux.* Francof. 1606; et *Opera*, t. 4. — De Retes, *De don. int. vir. et ux.*; in Meerman *Thes.* t. 6, p. 663.—Hake, *Diss. donat. etc. non ipso jure nullis.* Helmst. 1752. — Boehmer, *Exerc. ad Dig.* t. 4, n° 72.—Gluck, *Comm.* XXV, 1253; XXVI, 1258.

(12) Fr. 3, § 10; fr. 32; fr. 33, § 2, XX, 1. — const. 10, V, 16.

(13) Fr. 5, § 18; fr. 6; fr. 7, pr.; fr. 31, § 2; fr. 55, ibid.

zione, questa si convalida: se per contrario il secondo muor prima, la donazione è nulla e tal rimane di pieno diritto; anche senza rivocazione: se finalmente tutt'e due muoiono ad un tempo, nel dubbio si reputa che il donator sia morto innanzi, e la donazione sussiste (1). Ma questo principio si applica soltanto:

1. Alle donazioni pienamente eseguite, e non punto alla semplice promessa di donazione, la qual tuttochè non revocata non piglia valore per la morte del donante, nè produce azione alcuna avverso i suoi eredi (2).

2. Alle donazioni, e non mica ad altre convenzioni fatte tra' coniugi, salvochè queste non servano in tutto o parte a travestire una donazione (3).

3. Finalmente, alle donazioni tra coniugi, e non già a quelle fatte tra fidanzati o tra concubini, o a quelle che si facciano dopo disciolto il matrimonio (4). Nulla monta del resto, se i coniugi si faccian direttamente donazione o pure per altrui mezzo; per esempio, se la moglie doni a persona sottoposta alla potestà del marito (5).

Con tutto ciò, sonovi alcune donazioni infra coniugi valide ed irrevocabili fin da principio. Tali son quelle in cui nè il donatario si fa più ricco, nè il donante più povero (6); tal è la donazione fatta per uso della comun famiglia, o perchè il marito se ne procacci alcuna carica (7); tali i casi, in cui la donazione sia di poco momento (8); tale allorch'è fatta per la rifazion di uno edifizio (9); e tali son finalmente le donazioni rimuneratorie (10), quelle fatte per risguardo ad un divorzio (11), e quelle che si facevano gl' imperiali consorti (12).

CAPITOLO III.

DEL DISCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.

§. 567. I. *In generale.*

Il matrimonio si discioglie:

1. Per la morte naturale o civile di uno de' coniugi (13).

2. Per impedimento al matrimonio, sopraggiunto dappoi; il che per romano dritto accadea spezialmente quando una disugualità di condizione (14)

(1) Const. 6, V, 16.—const. 25, ibid.—fr. 1, § ult. XLI, 6.—fr. 32, § 14, XXIV, 1.—fr. 26, XXXIX, 6.—fr. 5, XXXIV, 5.

(2) *Frag. Vat.* § 276, 294 in fine. — fr. 23, XXIV, 1. — fr. 32, § 2, ibid. « heredem vero *eripere.* » Molti autori professano una differente sentenza, a cagion del fr. 33, ibid.; const. 2, V, 15; const. 35, VIII, 54; Nov. 162, c. 1 (non chiosata); soprattutto Gluck, *Comm.* XXVI, 215.

(3) Fr. 5, § 5, 6, 7; fr. 7, § 5; fr. 52, XXIV, 1.

(4) Fr. 5, pr.; fr. 27, 64, 65, XXIV, 1. — fr. 31, XXXIX, 5.

(5) Fr. 3, § 2-6; fr. 5, § 2; fr. 32, § 20, 21, XXIV, 1.—const. 4, 5, V, 16.—Trutzsler, *Diss. de don. inter conjuges per alium facta prohibita.* Jenæ, 1771.

(6) Fr. 5, § 8-12, 16; fr. 8, 9, pr.; fr. 5, 32 § 14, XXIV, 1. Tal è pure il caso, che l'un de' coniugi ricusi un beneficio, in favor dell'altro: fr. 5, § 13-15; fr. 31, § 7, ibid.

(7) Fr. 31, § 10; fr. 40-42, ibid.—Ulp. VII, 1.

(8) Fr. 7, § 1, 2; fr. 31, § 8, 9, ibid.

(9) Fr. 14, ibid.; ma tal non è la donazion fatta per edificare una casa nuova: fr. 13, § 2, ibid.

(10) Gluck, *Comm.* XXVI, 194, 199.

(11) Fr. 11, § 11; fr. 12; fr. 60, § 1, ibid.

(12) Const. 26, V, 16.

(13) Fr. 1, XXIV, 2.

(14) Però, questo punto era già disputato a tempo di Ulpiano: Giustiniano abolì tal sorta di discioglimento con la const. 28, V, 4.

o un parentado troppo stretto sopravveniva infra i già coniugi, per esempio allorchè taluno adottava il suo genero senz'aver prima emancipato la figliuola (1).

3. Col divorzio; del quale qui parleremo soprattutto.

§. 568. II. *Del divorzio* (2).

Dicesi divorzio (*divortium*) quello scioglimento di un legittimo matrimonio (3), il qual si fa vivendo i coniugi, per volontà di tutt'e due, o pure di un solo. In questa materia i Romani movevan dal principio, che il matrimonio per la sua morale natura considerato siccome una libera unione de' coniugi durante tutta lor vita, doveva egualmente cessare per la loro volontà, quando tutti e due o pure un di essi non si sentiva più fatto per simigliante comunità. Quando i due coniugi si accordavano circa il discioglimento del matrimonio, potevano volontariamente separarsi: il che dicevasi *divortium facere*, *bona gratia discedere* (4). La rinunzia al matrimonio fatta dall'un de' coniugi era egualmente permessa, o che questo fosse il marito, o che la moglie; e ciò chiamavasi *repudium mittere*. Un tempo, siffatto ripudio era ammesso senza che il coniuge che volea romper l'unione avesse bisogno di darne particolari ragioni. Vero è che tal libertà di repudiare, esistente in diritto, era stata dagli antichi costumi fatta difficilissima. Non prima che sotto Teodosio e Valentiano talune cause di ripudio (*causae repudii*) furono determinate, e chi volea sciogliere un matrimonio senza averne legittimo motivo, incorreva in risguardo a' beni alcune pene, parimente che quel coniuge il quale con la sua mala condotta avesse all'altro data una giusta cagion di ripudio.

Giustiniano confermò questi principj e meglio in più punti li determinò (5). Del restante, appo i Romani, l'intervento di un decreto di separazione pronunziato dal magistrato non era richiesto: ogni separazione era e restava un affare privato.

§. 569. III. *Degli effetti dello scioglimento del matrimonio.* A. *Rispetto alla persona de' coniugi.*

Lo scioglimento del matrimonio, sia che per la morte di un de'consorti, sia che per lo divorzio, ha per effetto, in quanto alla persona de' coniugi, di far cessare tutti i personali rapporti prodotti dal matrimonio (§ 549, 550). Ciascun di essi può contrarne un novello: però la vedova, del pari che la donna in divorzio, non può rimaritarsi se non in capo ad un anno trascorso dopo lo scioglimento del precedente matrimonio. Finattantochè non si rimarita, ella conserva il nome, la condizione e lo stato di suo marito (6). Quando il matrimonio riman disciolto per divorzio, il coniuge innocente, se povero, può esiger da quello, contro cui il divorzio è pronunziato, che gli somministri degli alimenti proporzionati alla sua facoltà:

(1) § 2, J. I, 10.—fr. 67, § 3, XXIII, 2.

(2) Dig. XXIV, 2.—Cod. V, 17.—Nov. 22, c. 4-19. — Nov. 117, c. 8-14. — Nov. 123, c. 40. — Nov. 127, c. 4. —Nov. 134, c. 11, —Nov. (non chiosata) 140. —D'Avezan, *De matrimonio*, c. 39-43; Meerman, t. 4. — Marche, *Hist. jur. civ. de divortiis*. Lips. 1794. — Wannaar, *Diss. de divortiis et repudiis*. Gand. 1829. — Vaechter, *De'divorzi tra' Romani*. Stuttg. 1822. — Gluck, *Comm.* XXVI, 1259.

(3) Questo è che distingue il divorzio dalla *dichiarazion di nullità* di un matrimonio invalido.

(4) Fr. 2, 6, 9, XXIV, 2. — Cicerone, *Ad div.* VIII, 7. — Aulo Gellio, IV, 3. — Ennecio, *Antiq. Rom.* App. lib. 1, § 48.

(5) Const. 8, V, 17. — Const. 10, 11, ibid.

(6) Fr. 22, § 1, L, 1. — Nov. 22, c. 36.

d'altra parte, il coniuge colpevole, il qual sia per sua pena astretto a rilasciare all'altro tutti quanti i suoi beni, ha il dritto di domandare a questo di che sostentarsi.

§. 570. B. *Rispetto a' beni de' coniugi in generale.*

Relativamente a' beni de' coniugi, lo scioglimento del matrimonio tirasi dietro le seguenti conseguenze:

A. Il marito è obligato di restituir la dote, se non è statuito che questa, morendo prima la moglie, sia sua; ed i dritti da lui esercitati in sui beni parafernali della donna, cessano.

B. Se il matrimonio si scioglie per divorzio, questo inoltre ha per dritto nuovo (1) i seguenti effetti particolari in su' beni de' coniugi:

1. Quando non è definito per colpa di qual de' due coniugi il divorzio sia fatto, esso estingue ogni disposizion di ultima volontà durante il matrimonio fatta dall'uno a pro dell'altro, come parimente il dritto di succession legale de' coniugi (2): le nuziali convenzioni fatte tra essi perdono la lor validità (3), salvochè non contengano disposizioni provvedenti al caso appunto del divorzio, le quali allora conservano tutti i loro effetti (4).

2. Quando per contrario il divorzio succede per colpa propria di un sol de' coniugi, sia che adulterio, o che qualunque altro delitto, la moglie rea perde la dote, la quale passa al marito; il marito colpevole perde la donazion fatta alla moglie per causa di nozze. Ma se non v'è stata nè costituzion di dote, nè donazione, le disposizioni anteriori a Giustiniano ordinavano che, in luogo della dote o della donazione, il coniuge innocente riceverebbe il quarto de' beni dell'altro, senza però poter mai pretendere oltre al valsente di cento libbre d'oro (5). Giustiniano poi dispose che quando alcuna dote non è stata costituita, il marito non avesse più dritto alcuno al quarto de' beni della moglie stata cagion della separazione: costei per contrario, quando il marito ingiustamente da lei si diparta, dovesse ricevere tanto quanto ciascun figliuolo, se più di tre ne tenesse il marito o da lei medesima o da un'altra moglie avuta prima; in ogni altro caso, ella prendesse, come per innanzi, la quarta parte de' beni del marito (6).

3. Quando il divorzio ha luogo per cagion di adulterio, la legge pronunzia, oltre alla pena posta al coniuge adultero, anche altre condanne relative a' beni. Pertanto:

a) Se i coniugi si separano per cagion di adulterio del marito, costui perde a pro di sua moglie non solo la donazion nuziale, o (non essendovi questa) la porzion di beni determinata dalla legge, ma similmente tutti gli altri suoi beni. Questi ricadono a' suoi discendenti; se non ha di-

(1) Giusta il vecchio diritto, se il divorzio accadea per colpa della moglie, vi eran de' dritti di ritenuta *(retentiones ex dote)*, tanto a cagion de' figliuoli *(propter liberos)*, quanto per cagion de' costumi *(propter mores)*; e'l marito, se colpevole, incorreva altresì talune pene rispetto alla dote: Ulp. IV, § 9-13. — Siffatto dritto fu abolito da Giustiniano, nella const. un. § 5, V, 13. — Vallet, *De retentionibus ex dote faciendis*. Gœtt. 1820.

(2) Fr. 49, § 6, XXXIII. — fr. un. XXXVIII, II. — Nov. 117, c. 5, verb. « *usque ad mortem*. »

(3) Arg. fr. 21, 68, XXIII, 3, ed i luoghi citati nella precedente nota.

(4) Nov. 134, c. 10 in fine: « — ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur. »

(5) Const. 8, § 4, 5, 7; const. II, V, 17. — Nov. 22, c. 18. — Nov. 53, c. 6. — Nov. 74, c. 5. Queste pene, per altro, erano in roman dritto applicate così quando un de' coniugi desse con suoi mali portamenti cagioni legittime di divorzio, come quando l'uno separavasi volontariamente dall'altro.

(6) Nov. 117, c. 5 in fine.

scendenti, a' suoi ascendenti fino al terzo grado; e mancando anche questi, al fisco.

b) Se cagion della separazione è l'adulterio della moglie, questa entra in un convento, perde la sua dote a pro del marito, e deve inoltre dargli il terzo del valor della dote, preso d' in sugli altri suoi beni; il rimanente de' quali va parte a' suoi discendenti ed ascendenti, parte al convento, e se la donna non ha discendenti nè ascendenti, tutto al convento (1).

c) Finalmente, quando il marito ha falsamente accusata di adulterio la moglie, questa può sopra ciò dimandare il divorzio: se non vi sono figliuoli del lor matrimonio, ella può esigere, oltre alla dote e alla donazion nuziale, il terzo del valor di quest'ultima d' in su' beni del marito; ma essendovi figliuoli, tutto il restante della facoltà del marito è loro (2).

Le pene testè discorse non son pronunziate se non quando la separazione ha per cagione la colpa dell' uno de' coniugi: dove ambedue sieno colpevoli, esse non hanno più luogo (3).

§. 571. C. *Rispetto a'* lucra nuptialia *in particolare.*

Per lucri nuziali generalmente s'intende tutto ciò che l'un coniuge acquista de' beni dell'altro, sia che prima o che nel punto della celebrazion delle nozze, o che durante il matrimonio, o che finalmente per lo scioglimento avvenutone per morte o divorzio; nulla montando che siffatti beni provengano ad un consorte da liberalità dell'altro, ch'egli ne faccia acquisto per effetto del contratto di nozze, o che pur li riceva contro voler dell'altro, per virtù di una disposizion delle leggi. Ne' guadagni nuziali adunque sono egualmente comprese la dote e la donazion per nozze, che l'un consorte acquista per la morte dell'altro, e tutti i profitti che ciascun d'essi ritragga del divorzio (*lucra ex divortio*) (4). I dritti del coniuge in su' guadagni nuziali, dopo disciolto il matrimonio, sono determinati dall'esservi o no figliuoli. Se non ve ne sono, egli non soffre alcuna restrizione: tutti i nuziali guadagni a lui spettanti ei li riceve nella piena sua proprietà, e liberamente di essi dispone (5). Ma quando per contrario vi sien figliuoli, uopo è distinguer la legislazione stata innanzi alla Novella 98, da quella che le tenne dietro:

1. Prima della Novella 98, ciascun coniuge, anche quando vi eran figliuoli nati del matrimonio, acquistava la piena proprietà de' lucri nuziali, e liberamente ne disponeva. Sol quando contraesse un novello matrimonio, egli ne perdeva la proprietà a pro de' figliuoli avuti del primo, nè altro ne conservava che l'usufrutto durante sua vita (6). I figliuoli del primo letto avevano, per sicurezza di lor ragioni alla nuda proprietà, una ipoteca legale in su tutti i beni del loro genitore (7).

2. Ma Giustiniano, con la detta Nov. 98, c. 1, ordinò che la proprietà della dote o della donazion nuziale, la quale il coniuge sopravvivente acquistava per la morte dell'altro, appartenesse a' figliuoli immediatamente dopo lo scioglimento del matrimonio, e senza guardare se il superstite si rispo-

(1) Nov. 117, c. 8, § 2; c. 9, § 5; c. 13. — Nov. 134, c. 10.

(2) Nov. 117, c. 9, § 4.—Gluck, *Comm.* XXVII, p. 9-93, spone tutta la materia delle pene dell' adulterio.

(3) Fr. 39, 47, XXIV, 3.

(4) Const. 3, pr. V, 9. —const. 11, § 1, V, 17. — Nov. 22, c. 30. —Nov. 98, c. 2.

(5) Const. 3, § 1 in fine, V, 9. — Const. 11, § 1, V, 17. — Nov. 22, c. 22, pr.; c. 23, pr. — Nov. 98, c. 2. — Nov. 117, c. 13.

(6) Const. 3, pr.; const. 5; const. 6, § 1; 8, § 1; 9, § 1, V, 9. — const. 8, § 7; const. 11, V, 17. — Nov. 22, c. 23-26, 30, 34.

(7) Const. 6, § 2; const. 8, § 4, 5, V, 9. — Nov. 22, c. 24.

sasse o pur no; ma questo dovea conservar per tutta sua vita l'usufrutto di tali beni, e dare a' figliuoli una ipoteca legale per sicurezza di lor ragioni alla nuda proprietà (1). Gli stessi principj dovevano essere applicati rispetto a' beni che, facendosi divorzio, il coniuge innocente acquistava d'in su quelli del colpevole (2); e la Nov. 117, c. 5, estese siffatte disposizioni parimente alla porzione che la vedova indigente aveva il dritto di domandare de' beni del suo facultoso marito premorto (3). Quant'è a tutti gli altri nuziali guadagni che l'un coniuge riconosca dalla liberalità dell'altro, sia che in suo vivente, o che dopo sua morte, come a dir per donazione, instituzion di erede, o legato, la Novella 98 è applicata tal quale (4). Il coniuge adunque, a cui ricadono, non ne perde la proprietà a pro de' figliuoli, se non quando contragga novelle nozze, e contraendole egli conserva quindi innanzi l'usufrutto di tali beni per tutta la vita, tenendo però suoi beni ipotecati a' figliuoli per sicurezza di lor ragioni di nuda proprietà. Ma s'egli non fa novello matrimonio, può liberamente disporne: pur tuttavia, se le cose a morte sua non sono state ancora alienate o consumate, i figliuoli possono dimandarle, quand'anche non eredassero de'loro genitori (5).

§. 572. IV. *Delle pene delle seconde nozze* (6).

Colui che, discioltosi d'un primo matrimonio, ne stringe un secondo, incorre con ciò talune pene rispetto a' suoi beni.

1. Tra queste pene ve n'ha di quelle applicate di pieno diritto, le quali sebben chiamate *poenae secundarum nuptiarum*, non sono vere pene, ma piuttosto disposizioni legali restrignenti la proprietà con la mira di proteggere i figliuoli del primo letto, troppo spesso disserviti in vantaggio di quelli del secondo: ond'è ch'esse, dove non sieno figliuoli del primo matrimonio, non han luogo alcuno (7). Bisogna però che anche queste si distinguano come segue:

A. Talune di siffatte pene legali cadono tanto sopra il padre, quanto sopra la madre, che contragga novello matrimonio. Pertanto:

1. Il coniuge passato a seconde nozze perde, a pro de' figliuoli del primo letto, la proprietà de' guadagni nuziali non ricaduta ad essi allo scioglimento del matrimonio onde son nati (8): egli però ne conserva l'usufrut-

(1) Nov. 98, c. 1.

(2) La legislazion relativa a' *lucra ex divortio* è stata spesso cambiata. Per la costituzion di Teodosio e Valentiniano (8, § 7, V, 17), la quale per la prima volta gli introdusse, la nuda proprietà di essi apparteneva a' figliuoli subito sciolto il matrimonio, ed il coniuge che vi avea dritto ne conservava l'usufrutto. Secondo Giustiniano, nella const. 9, § 1, V, 9, e const. 11, § 1, V, 17, i figliuoli non avean la proprietà se non quando il coniuge si ricongiungeva in matrimonio, siccome nel caso de' *lucra ex morte*: Nov. 22, c. 30. Ma giusta la Nov. 98, c. 2, questi beni appartengon di nuovo a' figliuoli in proprietà, al disciorsi del matrimonio. Nov. *V*. 117, c. 8, pr. c. 9, pr. c. 10.

(3) Per una disposizion posteriore della Nov. 127, c. 3, il coniuge entra almeno per una sola porzione nella piena proprietà della dote o della donazion nuziale, ond'ei profitta per la morte o pel divorzio, e la conserva infino a quando non contragga novelle nozze: il qual diritto si applica eziandio alla vedova indigente.

(4) Perciocchè Giustiano dice espressamente nella sua Nov. 98, c. 2, in fine: « Nihil innovamus præter illa sola, quæ expressim in hac lege conscripsimus. »

(5) Const. 5, § 2; 6, § 3; 8, § 1, V, 9.

(6) Bœhmer, *Diss. de poenis secund. nupt.* Franc. a V. 1758. — Von Lidth de Jeude, *Diss. de poen. sec. nupt.* T. ad Rh. 1801. —Gluck, *Comm.* XXIV, 1217.

(7) Const. 3, § 1 in fine, V, 9. — Nov. 22, c. 22, 23.—Nov. 98, c. 2.—Nov. 117, c. 13.

(8) Const. 3, pr.; const. 5, V. 9.—Nov. 22, c. 23-26. Ma i *lucra* del secondo matrimonio appartenenti al rimaritato *(conjux binubus)* restano a'figliuoli procreati nello stesso secondo matrimonio.—Const. 4, V, 9. — Nov. 22, c. 29, 30.

to finchè vive, e la legge dà a' figliuoli, per guarentire i loro dritti di proprietà, una ipoteca legale in su tutti i suoi beni (1).

2. Chi fa nuove nozze non può donare al secondo consorte, sia che tra vivi, sia che per dopo morte, più di quanto egli lascia a quel de' suoi figliuoli, ovvero de' suoi nipoti, il quale (senza esser giustamente diseredato) riceva meno d'ogni altro. S'egli fa contro a questa disposizione, la legge ha come non scritto (*pro non scripto*) quel ch'egli ha donato di soperchio, e ne ordina lo spartimento in porzioni eguali tra' figliuoli del primo letto (2) (3).

3. L'uomo o la donna che, avendo figliuoli d'un primo matrimonio, ne stringa un secondo, può bene durante questo aumentar la dote o la donazion nuziale per esso matrimonio costituite, ma non può già sminuirla: con che la legge vuole impedir che sotto colore di scemar la dote o la donazion per nozze, non si possa copertamente donare, e così schernire l'opposto divieto (4).

4. Il coniuge obligato di rimetter de' legati o di restituir de' fidecommessi a' suoi figliuoli sotto una condizione o in capo ad un tempo, è tenuto, quand'egli faccia nuove nozze, a dar sopra ciò cauzione (5).

B. Altri de' sopradetti svantaggi cadono solamente sopra la madre:

1. La madre chiamata alla successione d'un figliuolo di primo letto insiem co' fratelli e con le sorelle di lui, s'ella è già rimaritata o se si rimarita dappoi, non altro riceve de' beni al figliuolo provvenuti dalla paterna sostanza, se non l'usufrutto della sua porzione, mentrechè la nuda proprietà ne scade agli altri suoi figliuoli del primo letto (6).

2. Quando la madre ha fatto una donazione ad un figliuolo del primo matrimonio, essa non può, contraendone un secondo, revocarla pe' motivi ordinariamente ammessi: la legge le dà tal dritto solamente quando il figliuolo insidia alla sua vita, quand'ei le mette le mani addosso, o quando fa cose che potrebbero spogliarla di tutte quante le sue sostanze (7).

3. La madre perde, rimaritandosi, il dritto di voler che l'educazione de' figliuoli del primo letto rimanga affidata a lei sola (8).

4. Finalmente, colei che nella qualità di madre o di avola ha la tutela de' suoi figliuoli o nipoti, perde rimaritandosi il dritto di conservarla (9).

II. Vi sono altre perdite, le quali possono derivar da particolare disposizione dell'uno o dell'altro consorte. Così, la donazione ovvero il lascio dal defunto coniuge fatto all'altro sotto condizion di astenersi da nuove nozze, perde i suoi effetti allorchè questo le contragga (10), nulla in tal caso importando se vi sieno o no figliuoli del primo letto. Per altro, la donazione o il lascio fatto sotto tal condizione al coniuge sopravvivente, può da lui domandarsi in capo ad un anno, s'egli giura e dà pegno i suoi beni, che, risposandosi, restituirà quel che riceve (11).

§. 573. V. *Delle pene della violazione dell'anno di lutto.*

Quando il matrimonio è sciolto per la morte del marito, o anche per di-

(1) Const. 6, § 2; const. 8, § 4, 5, V, 9. — const. 6, § 4, VI, 61.—Nov. 22, c. 24.

(2) Const. 6, pr.; const. 9, V, 9.—Nov. 2, c. 4. — Nov. 22, c. 27, 28, 48.

(3) O pure tra' figliuoli de' figliuoli del primo letto, corrispondentemente a quel che in principio di questo numero si è accennato del nipote: di che si vegga la citata const. 6. *(Trad.)*

(4) Const. 19, V, 3. — Nov. 22, c. 31.

(5) Const. 6, pr. § 1, VI, 49. — Nov. 22, c. 41.

(6) Nov. 2, c. 4. — Nov. 22, c. 46, 47.

(7) Const. 1-4, C. Th. VIII, 13. – const. 7, ed Auth. *Quod mater*, C. VIII, 56. — Nov. 22, c. 35.

(8) Const. 1, V, 49. — Nov. 22, c. 38.

(9) Nov. 22, c. 40. — Nov. 94, c. 2.

(10) Cod. VI, 40. — Nov. 22, c. 43, 44.

(11) Nov. 22, c. 44.

vorzio, la donna deve stare almeno un anno, prima che si possa rimaritare (1). Contraffacendo, ella incorre, oltre agli svantaggi accompagnanti un secondo matrimonio, altresì le seguenti pene (2):

1. È notata d'infamia.

2. Perde tutti i guadagni nuziali del precedente matrimonio, i quali vanno a' discendenti, agli ascendenti, a' fratelli e sorelle del coniuge morto, e mancando questi, al fisco.

3. Non può costituire in dote al secondo marito, nè disporre a favor suo tra vivi o per morte, oltre al terzo de' suoi beni.

4. Non può nulla acquistar per disposizione di ultima volontà, e tutto le successioni e legati a lei lasciati son nulli e ricadono agli altri eredi testamentari o legittimi del morto.

5. Non ereda de' suoi parenti ab intestato, se non fino al terzo grado.

Vero è che il principe può con un rescritto rimetterle tutte siffatte pene: ma per ottenere un tal rescritto deve la donna dare immediatamente a' suoi figliuoli del primo letto la metà de' suoi beni, senza poterne conservar l'usufrutto, nè parte alcuna ricuperarne in caso che un de' detti figliuoli si muoia intestato, fino a che vi sieno figliuoli o discendenti del medesimo suo primo letto (3).

SEZIONE II.

Della potestà paterna.

CAPITOLO PRIMO.

DEL RAPPORTO GENERALE TRA GENITORI E FIGLIUOLI.

§. 574. I. *Della paternità e della filiazione legittime.*

Figliuolo *legittimo* è quello procreato da marito e moglie uniti in legittimo matrimonio.

La legittimità del figliuolo si presume:

1. S'egli non è nato prima del 182° giorno dalla celebrazion del matrimonio (4).

2. Se la nascita non è posteriore al decimo mese dopo il discioglimento del matrimonio (5). Ne' detti due casi, giusto la regola *pater is est quem nuptiae demonstrant* (6), il marito è reputato padre del figliuolo fino a che

(1) Const. 8, § 4 in fine; const. 9, V, 17. — Nov. 22, c. 16, pr.

(2) Fr. 1, III, 2. — const. 1, 2, V, 9. — const. 4, VI, 56. — Soprattutto la Nov. 22, c. 22. — Gluck, *Comm.* XXIV, 1217.

(3) La donna incorre tutte le pene a lei minacciate, tanto s'ella viola l'anno di lutto con nuove nozze, quanto se menando vita disonesta: Nov. 39, c. 1. — Giustiniano ordinò, con la Nov. 22, c. 40, che lo stesso n'andasse a quella madre la quale avendo la tutela de' suoi figliuoli legittimi o illegittimi, si rimarita prima di aver fatto nominare un tutore, al quale ell'abbia reso i suoi conti e restituiti i beni de' figliuoli.

(4) Fr. 3, § 12, XXXVIII, 16. — fr. 12, I, 5. — fr. 6, I, 6.

(5) Fr. 3, § 1, XXXVIII, 16. — fr. 29, pr. XXVIII, 2. — const. 4, VI, 29. — Gluck, *Comm.* XXVIII, 1287.

(6) Fr. 5, II, 4.

egli non fornisca la pruova di un' assoluta impossibilità (1). In qualunque altro caso, per contrario, la moglie deve provar la paternità (2), quando il marito rifiuti di riconoscere il figliuolo per suo (3). L'azion competente alla moglie avverso il marito affinchè egli riconosca il figliuolo, si chiama *actio de partu agnoscendo*. Essa fu primitivamente introdotta dal *Sctum Plancianum*, fatto sotto Vespasiano, e non si applicava altrochè al caso in questo previsto (4); ma con un senatoconsulto posteriore, vinto sotto Adriano, fu estesa al caso che il figliuolo fosse nato durante il matrimonio (5). Nondimeno, per prevenir la supposizione e la sostituzion di parto, la moglie che sentasi incinta nel momento del divorzio, è tenuta per lo senatoconsulto Planciano di darne cognizione al marito infra trenta giorni (6). Più tardi l'Editto pretorio estese eziandio questa disposizione al caso del matrimonio disciolto per la morte del marito: la gravidanza allora dev' essere annunziata alle persone interessate (7), senza di che la donna perde il dritto d' intentar l'azione *de partu agnoscendo*; ma il figliuolo può d' ogni tempo far valere sue ragioni mediante una *cognitio extraordinaria* (8).

I figliuoli *legittimi* hanno il dritto di esiger da' loro genitori alimenti ed educazione rispondenti alla loro condizione, s' essi stessi non hanno di che soddisfare a' loro bisogni (9). Così fatta obligazione è primieramente imposta a' genitori del figliuolo, e in lor mancanza, agli avoli (10); ma essa è reciproca, val quanto dire che i figliuoli son tenuti di dar le spese a' lor genitori bisognosi (11): ed il medesimo è quanto al dritto di successione, reciproco tra figliuoli e genitori legittimi.

§. 575. II. *Della paternità e filiazione illegittime.*

Il dritto romano considerava i figliuoli *illegittimi* come se non avessero padre *(quasi sine patre filii)* (12). Per conseguenza essi non potevano esigere alimenti altrochè dalla madre, nè alcun' azione aveano per far riconoscere qualcuno come lor padre e domandargli alimenti (13): non bastando la

(1) Fr. 6, I, 6.

(2) Però, se un uomo il quale abbia figliuoli da tal donna, con cui potrebbe legittimamente ammogliarsi, li riconosce o in un publico atto, o in privata scrittura tutta di sua mano e sottoscritta da tre testimoni, o pur nel suo testamento, ovvero in giudizio, senza specificar che non altro sono che figliuoli naturali, egli dà loro la qualità ed i dritti di figliuoli legittimi: Nov. 117, c. 2.—Auth. *Si quis*, c. 5, 27.

(3) Const. 11, V, 27. — Nov. 89, c. 8, § 1.

(4) Cioè al caso del figliuolo onde la donna trovisi incinta al tempo del suo divorzio. — « Plancianum Sctum ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur. » *(Trad.)*

(5) Fr. 1, XXV, 3.—fr. 3, § 1, ibid.—Gmelin, *Dell'azion pregiudiziale* de partu agnoscendo. Erlangen, 1781. — Gluck, *Comm.* XXVIII, 1285-87.

(6) Dig. XXV, 3.—Thibaut, *Sistema*, § 473, 74. — Gluck, *eod.*

(7) Fr. 1, § 10, seg. XXV, 4.

(8) Fr. 1, § 6, 8, 15, XXV, 3. — fr. 1, § 15, XXV, 4.

(9) Fr. 5, § 6, 7, XXV, 3. — *V.* fr. 5, § 8, 11, ibid. — Quanto a quel che deve intendersi per alimenti, *v.* fr. 234, § 2, L, 16. — fr. 6, § 5, XXXVII, 10.—fr. 1, § 19, XXXVII, 9.—const. 9, VIII, 47.—Nov. 117, c. 7. — Bauer, *Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato*; ne' suoi *Opusc.* t. 1, n° 4.

(10) Fr. 5, § 2; fr. 8, XXV, 3.—Gluck, *Comm.* LVIII, 1289.

(11) Fr. 5, § 1, ibid.—Gluck, § 1290.—La morale obliga, è vero, i fratelli e le sorelle di darsi reciprocamente degli alimenti, ma nessuna legge ve li astringe. Hœpfner, *Comm.* § 105, nota 2.—Hasse, *Guterrecht*, § 100. — Vi sono autori di contrario avviso, a cagion de' fr. 12, § 3, 13; § 2, XXVI, 7.—fr. 4, XXVIII, 2. — fr. 1, § 2, XXVII, 3.—Nov. 89, c. 12, § 6. Ma veggasi Gluck, § 1290.

(12) Ulp. IV, 2.—Caio, I, 64.—§ 12, J. I, 10.—§ 4, J. III, 5.—fr. 23, I, 5.

(13) Fr. 5, § 4; fr. 7, XXV, 3. Giustiniano sollanto dette a' figliuoli naturali

madre, il solo avolo materno era obligato a spesarli (1). I pubblici institnti di beneficenza s' incaricano, al bisogno, del mantenimento de' figliuoli abbandonati.

§. 576. III. *De' dritti del padre e della madre rispetto a' figliuoli.*

I genitori contraendo l' obligo di nudrire ed educare i loro figlinoli, hanno dunque eziandio dritto di esiger tutto quanto dev' esser risguardato siccome mezzo conducente al compimento di siffatto dovere. Pertanto:

1. Essi hanno il dritto di attendere alla educazion fisica e morale de' figliuoli, e di determinar fino ad una certa età la qualità del viver loro. Sciogliendosi il matrimonio per divorzio, s' aspetta al giudice di designar quale de' coniugi debba ritener sopra di sè l' educazione de' figliuoli (2): però, se tal cura si confida alla madre, ed ella si rimarita, perde suo dritto (3). Ma le spese di mantenimento e di educazione debbono sempre pagarsi dal marito, nulla montando se il divorzio sia stato pronunziato contro di lui o se per sua soddisfazione; eccetto s' egli fosse povero e la donna ricca, nel qual caso costei deve provvedere al nutrimento de' figliuoli (4).
2. Essi hanno il dritto di gastigare i loro figliuoli, ovvero consegnarli al magistrato, quando facciano cose degne di pena (5).

Dal canto loro i figliuoli debbono obbedienza e rispetto a' genitori (6). Ond' è:

1. Ch' essi non possono intentar contro i genitori azione alcuna infamatoria *(actiones famosae)* (7).
2. Che non possono essere astretti a far testimonianza contro ad essi (8).
3. Finalmente, che non possono esigere il pagamento di quello che i genitori per avventura lor debbano, se non in quanto a questi rimanga di che vivere *(in quantum facere possunt)* (9).

CAPITOLO II.

DELLA POTESTA' PATERNA PROPRIAMENTE (10).

§. 577. *Nozione.*

La potestà paterna *(patria potestas)* è il complesso de' particolari diritti dalla civil ragione dati al padre di famiglia in su' figliuoli e nipoti da lui dipendenti. Tal potestà, di sua civile essenza, appartien solamente a' citta-

il dritto di domandare alimenti al loro padre: Nov. 89, c. 12, 13.—Stever, *Disq. an e jure Justin. patri incumbat onus alendi spurios.* Rostoch. 1817.—I figlinoli *incestuosi* non potevano dimandare alimenti neppure alla madre: Auth. *Ex complexu*, C. V, 5. — Nov. 74, c. 6. — Nov. 89, c. 15. — Heise, *De successoribus necessariis.* Gœtt. 1802, § 29-33. — Hœpfner, *Comm.* § 487.

(1) Fr. 5, § 4, 5, XXV, 3.

(2) Const. 1, V, 24.

(3) Auth. *Si pater*, C. ibid. — *V.* Nov. 94, c. 2.

(4) Cod. V, 25. —Nov. 117, c. 7. Molti autori stimano altramente, per cagion dell' *Auth.* citata; ma questa constituzione, in opposizione con la sua fonte, non può nulla diffinire.

(5) Const. 3, VIII, 47. — const. un. IX, 15.

(6) Fr. 1, § 2; fr. 9, 10, XXXVII, 15. — fr. 4, XXVII, 10. — const. 4, VIII, 47.

(7) Fr. 5, § 1, XXXVII, 15. — fr. 11, § 1, IV, 3. — const. 5, II, 21.

(8) Fr. 4, 5, XXII, 5.

(9) § 38, J. IV, 6.—fr. 7, § 1, XXXVII, 15. — fr. 16, XLII, 1.

(10) Caio, I, 55 seg.—Ulp, V.—Inst. I, 9. — Dig. I, 6. — Cod. VIII, 47. — Doneau, *Comm.* II, 20. — Ennecio, *Antiq.* 1, 9, § 3-10. — Gebauer, *Diss. de patria*

(...)ni romani (1), maschi (2), e padri di famiglia (*patresfamilias*). Onde consegue:

1. Che non ogni padre, contuttochè romano cittadino, ha la potestà paterna; perciocchè s'egli è ancora figliuol di famiglia, i figli suoi dipendono da quel medesimo, alla potestà del quale egli è sottoposto (3).

2. Ch'essa potestà s'estende non solo a' figliuoli e alle figliuole, ma parimente a' nipoti e alle nipoti nati di figliuol maschio; perchè quelli nati d'una figliuola, stanno sotto la potestà del padre lor proprio, o pur dell'ascendente soprastante allo stesso lor padre (4).

La potestà paterna si stende pure a' figliuoli *postumi* (*posthumi*) che vi sarebbero stati sottoposti se fosser nati vivendo ancora il padre di famiglia (5).

§. 578. *Del come la potestà paterna si acquisti.*

In dritto romano, la potestà paterna si acquista:

1. Naturalmente, con la nascita di figliuoli da matrimonio legittimo.
2. Civilmente, con l'adozione, e con la legittimazione.

§. 579. *Di quella acquistata per mezzo di legittimo matrimonio.*

La potestà paterna si acquista, in primo luogo, con la procreazion di figliuoli in legittimo matrimonio (6). Ma bisogna che il padre sia *sui juris* nell'ora di lor nascimento (7), perchè s'egli è ancora figliuol di famiglia, la potestà paterna sopra i figli da lui procreati durante il matrimonio, non è sua, ma dell'ascendente a lui stesso soprastante (8). Morendo però quest'ultimo, la potestà di pieno dritto è del padre (9).

§. 580. II. *Dell'acquisto della potestà paterna mediante adozione.* A. *Nozione e specificazione.*

L'adozione è un atto solenne, mediante il quale si dà la qualità ed i dritti di figliuolo o di nipote a tale, che fin allora non era stato mai sotto la potestà dell'adottante, o pure avea cessato di esservi (10). Essa è di due sorte: l'arrogazione (*adrogatio*), quando si adotta un uomo *sui juris*, e l'adozione propriamente detta (*datio in adoptionem*), quando si fa passare un figliuolo di sotto la potestà propria sotto quella di un altro (11) (12).

pot. Gœtt. 1750. — De Bruyn, *Diss. ad tit. J. de patr. pot.* Harlem, 1751. — Perrenot, *De patr. pot. apud Rom. nunquam legib. soluta.* Grœn. 1775. — Gunther, *De pat. pot. ex jure dominii non repet.* Lips. 1786. — Jensen, *De patr. pot.* Suerin. 1784. — Gluck, *Comm.* II, 132. — De Quertenmont, *De patr. pot. Rom.* L.-B. 1816.

(1) § 2, J. I, 9.
(2) § 10, J. I, 11.
(3) Fr. 21, XLVIII, 5.
(4) § 3, J. I, 9.
(5) § 1, J. II, 13. — § 4, J. I, 8. — § 2, J. III, 1. — fr. 2, pr. XXVIII, 6. — fr. 3, § 2, XXVIII, 3.
(6) Caio, I, 55. — Ulp. V. — pr. J. I, 9. — fr. 3, I, 6. — Doneau, *Comm.* II, 20.
(7) § 9, J. I, 12. — § 4, J. I, 13.
(8) Fr. 21, XLVIII, 5. — § 3, J. I, 9. — fr. 4, 5, I, 6.
(9) Pr. J. I, 12. — fr. 5, ibid.
(10) Inst. I, 11. — Dig. I, 7. — Cod. VIII, 48. — Caio, I, § 97-107. — Ulp. VIII. — Doneau, *Comm.* II, 22, 23. — Gluck, *Comm.* II, 148. — Schmitt, *Dell'adoz.* Jena, 1825.
(11) Fr. 1, I, 7. — fr. 132, pr. XLV, 2. Quanto all'adozion per testamento (*adoptio per testamentum*), la quale non altro è che la instituzion di uno erede sotto la condizione ch'egli torrà il nome del testatore, v. fr. 58, § 1, XXVIII, 5. — fr. 63, § 10, XXXVI, 1. — Cicerone, *Brutus*, c. 58. — Svetonio, *Cæsar*, c. 83; *Aug.* 102; *Tib.* 6. — Soprattutto, Dirksen, *Versuche zur Kritik etc.* p. 73.
(12) Dove si vede che l'autore ha riguardo alla citata espression latina; ma più regolarmente avrebbe definito: *quando si fa passare sotto la potestà pro-*

§. 581. B. *Principj generali.*

Le due specie dell'adozione poggiano in su' seguenti principj :

1. Chi vuole adottare, dev' esserne capace; e poichè l'adozione imita la natura, *adoptio imitatur naturam*, da tal regola discende :

a) Ch' essa è interdetta a' castrati, ma non già agli impotenti (*spadones*) (1) (2).

b) Che bisogna avere almeno diciotto anni più dell' adottato (3).

c) Che non si può adottare per a tempo (4): ben si può emancipare il già adottato, ma non è poi permesso adottarlo da capo (5); il padre però, che abbia emancipato il figliuolo, può quindi adottarlo (6).

2. L'adozione è un mezzo sussidiario di acquistar la potestà paterna. Ond' è :

a) Che le donne sono incapaci di adottare, quandochè niuna potestà paterna non hanno. Nonpertanto è lor permesso di adottare per consolarsi della perdita de' propri figliuoli; ma nessuna potestà paterna acquistan perciò (7).

b) Che non si può adottare uno per fratello (8).

c) Che chi tenga di già sotto la potestà sua uno o più figliuoli, non può adottarne un altro, se non in quanto l'adozione non rechi a quelli pregiudizio (9).

3. L'adozione non può esser fatta in discapito dell' adottato. Pertanto, il tutore o curatore non può arrogar colui del quale ha tenuto la tutela o la cura, prima di aver renduto i suoi conti; ed il povero non può generalmente adottare un ricco (10).

§. 582. *Delle condizioni particolari.*
1. *Dell' arrogazione.*

La validità dell' arrogazione richiede il concorso delle seguenti condizioni:

1. L'arrogatore dev' esser di età d'oltre a sessant' anni; nondimeno le persone di minor tempo possono arrogare, se per qualsisia cagione non hanno più speranza di aver figliuoli, o pur se vogliono arrogar persona di lor parentado: ad ogni modo, non si può generalmente arrogare, che una sola persona (11).

2. Debbono espressamente consentire e l'arrogatore e l'arrogato (12).

3. Abbisogna un rescritto del principe, il quale approvi l'arrogazione (13).

pria colui ch' è sotto quella di un altro: « — Adoptamus eos, qui in potestate parentum sunt. » § 1, J. I, 11. (*Trad.*)

(1) § 9, J. I, 11, e Teofilo ivi. — fr. 2, § 1; fr. 40, § 2, I, 7. — fr. 6, XXVIII, 2. — Caio, I, 103. — Ulp. VIII, 6.

(2) Cioè, non era interdetta a quelli i quali, come sopra abbiam notato, non potevano generare solamente *propter vitium aliquod sanabile*, *impedimentum temporale*. Ma l'imperator Leone permise anco a' castrati di adottare, a fin di compensare con questo conforto l'ingiuria ad essi fatta; Nov. 26 e seg. (*Trad.*)

(3) § 4, J. I, 11. — fr. 40, § 1, I, 7. — Un tempo, non s'accordavano i pareri in quanto alla necessità che l'adottante avesse più anni: Caio, I, 106.

(4) Fr. 34, ibid.

(5) Fr. 37, § 1, ibid.

(6) Fr. 12, ibid.

(7) § 10, J. I, 11, e Teofilo ivi. — const. 5, VIII, 48. — Caio, I, 104. — Ulpiano, VIII.

(8) Const. 7, VI, 24. — Thibaut, *Pand.* § 488, è di avviso contrario.

(9) Fr. 17, pr. § 3, I, 7.

(10) Fr. 17, pr. § 4, ibid.

(11) Fr. 15, § 2, 3, I, 7.

(12) Fr. 2, pr. ibid.

(13) Fr. 2, pr. cit. — § 1, J. I, 11. — const. 6, VIII, 48. — Dell' antica forma dell' arrogazione, v. Caio I, 99; Ulp. VIII.

4. L'arrogazione di un impubere è soggetta a speziali condizioni:

a) Bisogna innanzi tratto esaminar se l'arrogazione gli è utile.

b) Si richiede il consenso de' suoi più prossimi parenti e de' suoi tutori.

c) L'arrogatore deve dar sicurtà (*satisdatio*) che quando l'impubere si morisse prima d'esser venuto a pubertà, egli restituirà la sua sostanza a' più prossimi eredi di quello, o pure alla persona pupillarmente sostituita dal padre.

d) Se l'arrogatore emancipa l'impubere, o se lo disereda senza giusta cagione, egli deve non pur restituirgli tutta la sostanza da lui portata seco, e quella ch'esso abbia acquistata dipoi, ma eziandio lasciargli a morte sua il quarto de' beni suoi propri; il quale quarto si chiama *quarta Divi Pii*, perchè ordinato da una costituzione di Antonino Pio (1) (2). Ma l'arrogato serba il dritto di esigere la sua emancipazione dopo esser entrato in pubertà, s'egli vede che l'arrogazione non gli torna in vantaggio (3).

§. 583. 2. *Dell'adozione propriamente detta.*

L'adozione propriamente detta (*datio in adoptionem*) richiede le condizioni seguenti:

1. Il consenso dell'adottante.
2. Quello del padre carnale dell'adottato: il quale per altro non è necessario che consenta espressamente, ma basta che sia presente all'atto dell'adozione e che non si opponga (4).
3. Se si adotta alcuno come figliuolo del proprio figliuolo, quest'ultimo deve egualmente consentire (5) (6): ma il consenso degli altri agnati non è necessario (7).
4. L'adozione dev'esser fatta innanzi al pretore o pure al giudice competente (8).

§. 584. D. *Degli effetti dell'adozione.*
1. *Dell'orrogazione.*

L'arrogazione ha per effetto:

1. Di far passare sotto la potestà dell'arrogatore l'arrogato ed i figliuoli a lui sottostanti. L'arrogato, restando così di essere un uomo di sua ragione, viene a soffrire una piccola deminuzione di stato (*capitis*) (9). Per una

(1) § 3, J. I, 11. — fr. 17. § 1; fr. 18, 19, 20, 22, I. 7. — fr. 13, XXXVIII, 5. — const. 2, VIII, 48. — Ulp. VIII, 5. — Caio, I, 102.

(2) Ma si disputa molto tra gli interpetri se per questa quarta di Pio abbia ad intendersi la quarta parte di tutti quanti i beni dell'arrogatore, o di sol quella porzione dovuta ab intestato all'impubere, come a tutti gli altri figliuoli. L'autore è del primo avviso; ma gli avversari si fondano massimamente nel non veder ragione alcuna perchè quell'imperatore avesse voluto migliore la condizion degli adottivi che de'naturali, ovvero miglior quella dell'emancipato o diredato, che di chi fosse senza nota alcuna rimasto nella famiglia. *(Trad.)*

(3) Fr. 32, pr. I, 7.

(4) Fr. 5, I, 7.

(5) § 7, J. I, 11. — fr. 6, ibid.

(6) *Ne ei invito suus hæres agnascatur.* Ma se si adottava uno per nipote *simpliciter et tanquam ex incerto filio*, non si richiedeva il detto consenso, perchè allora cessava quella ragion del dritto, per la quale era richiesto: fr. 43, I, 7. Se per contrario l'avolo dava in adozione il figlinolo del figliuol suo, non avea bisogno del consenso del secondo, perchè il nipote era in potestà di esso avolo, e non del padre. *(Trad.)*

(7) Fr. 7, ibid.

(8) § 1, J. I, 11. — fr. 2, pr.; fr. 4, 36, I, 7. — const. 11, VIII, 48. — Ulpiano, VIII, 5. — Caio, I, 98.

(9) Fr. 2, § 2; fr. 15, pr.; fr. 40, I, 7. — fr. 3, pr. IV, 5. — Ulp. VIII, 8. — Caio, I, 107.

conseguenza di ciò, nel vecchio diritto, i beni da lui posseduti nello stante dell'arrogazione, passavano di pieno dritto all'arrogatore. Ma nel nuovo dritto, e segnatamente dopo la creazion del peculio avventizio, l'arrogatore non acquista in su' beni dell'arrogato, se non que' dritti che il padre ha sopra i beni de' suoi figliuoli (1).

2. Dal canto suo l'arrogato acquista tutti i dritti d'un figliuol di famiglia: esso diventa l'agnato di tutti gli agnati dell'arrogatore, ed entra in dritto di succedere ab intestato non solo a costui, ma parimente agli agnati di lui (2).

§. 585. 2. *Dell' adozione propriamente detta.*

Nel vecchio diritto l'adozione propriamente detta (*datio in adoptionem*) aveva gli stessi effetti che l'arrogazione. L'adottato soggiaceva ad un mutamento menomo di stato, uscendo di sotto la potestà fiu allora sostenuta, e lasciando la famiglia stata sua (3). Egli entrava sotto la potestà e nella famiglia del suo padre adottivo (4), val quanto dire che diventava agnato di tuttiquanti gli agnati di quello (5). Siffatto dritto fu cangiato da una disposizion di Giustiniano, la quale ordinò le seguenti distinzioni (6):

1. Se un figliuolo o una figliuola è data in adozione al suo ascendente, l'adozione produce tutti gli effetti attribuitile dal vecchio diritto, e questa è l'*adoptio plena*: ma se l'adottante non è degli ascendenti dell'adottato, questo rimane sotto la potestà e nella famiglia del padre suo naturale; il padre adottivo non acquista alcun dritto sul figliuolo, il quale nondimeno gli succede ab intestato: e questa è l'*adoptio minus plena* (7).

2. Quando un avolo dà il nipote in adozione, fa luogo esaminar se il nipote, a morte del suo ascendente, n'ereda ab intestato; se si, bisogna applicar le stesse regole che per l'adozion de' figliuoli e delle figliuole (8); se no, seguita ad essere applicato il vecchio diritto (9).

§. 586. 3. *Degli effetti dell' adozione fatta da donna.*

L'adozione fatta da una donna non le conferisce mai la potestà paterna: solo effetto, ch' ess' abbia, è di dare all'adottato il dritto di domandar degli alimenti e di succedere ab intestato alla sua madre adottiva (10).

(1) § 6, J. II, 9. — Inst. III, 10 (11).

(2) Fr. 23, I, 7. — § 2, J. I, 11. — § 2, 14, J. III, 1.—const. 10, pr. § 5, VIII, 48.

(3) Pr. J. I, 11.—fr. 1, pr. I, 7.—§ 13, J. III, 1.

(4) Fr. 4, § 10, XXXVIII, 10. — I figliuoli nati e conceputi al tempo dell'adozione non passavano, come nell'arrogazione, sotto la potestà del padre adottivo: ma il medesimo non era di quelli conceputi dopo l'adozione: fr. 2, § 2; fr. 40, pr. I, 7. — fr. 26, 27, ibid. — Il § 9, J. I, 12, dimostra chiaramente che non si guardava al momento della nascita, ma a quello del concepimento.

(5) § 2, J. III, 2. — fr. 4, § 10; fr. 5, XXXVIII, 10. — fr. 23, I, 7.

(6) Const. 10, VIII, 48.

(7) Const. cit. pr. § 1—3. Vuolsi notare che tutta questa constituzione non d'altro parla che del caso in cui un padre naturale ovvero un avolo dà i suoi discendenti in adozione. Sicchè, se uno dà in adozione il figliuolo da lui stesso adottato, il vecchio diritto sussiste, qualunque sia il novello padre adottivo.

(8) Const. cit. § 4. Pertanto, in tal caso, la potestà non passa al padre adottivo, se non quando egli è ascendente naturale dell'adottato: non così, s'egli è stranio (*extraneus*).

(9) In questo caso il padre adottivo acquista *sempre* la potestà paterna, sia che ascendente, o che stranio: const. cit. § 4: « — si enim patres eos antecedant — maneant omnia jura adoptiva ei intacta.

(10) Const. 5, VIII, 48.

§. 587. III. *Dell' acquisto della potestà paterna per mezzo della legittimazione.*

I figliuoli illegittimi non vanno di pieno dritto sotto la potestà del padre loro, ma possono esservi sottoposti per via della *legittimazione* (1). Questa è un atto di ragion civile, per virtù del quale i figliuoli illegittimi sono in tutto o in parte pareggiati a' legittimi in quanto alla potestà paterna ed al dritto di successione (2). Il dritto romano però non permetteva di legittimare se non i figliuoli naturali nati di una concubina *(liberi naturales)*, e tre sorte di legittimazione ammetteva :

1. La legittimazione per susseguente matrimonio, *legitimatio per subsequens matrimonium*, la quale consisteva nel matrimonio che l' uomo contraeva con la donna fino allora da lui tenuta per concubina, e con la quale avea procreato de' figliuoli : il matrimonio in tal caso era accompagnato da un contratto scritto *(instrumenta dotalia)* (3).

2. La legittimazione *per oblationem curiae*, quando il padre destinava il figliuol suo naturale a diventar decurione, o pur maritava la sua figliuola naturale ad un decurione (4) (5).

3. La legittimazione per rescritto del principe, *per rescriptum principis*, quando il principe, ad instanza d' un padre naturale, dichiara i suoi figliuoli legittimati. Ma tal sorta di legittimazione avea luogo solamente quando il matrimonio con la concubina fosse divenuto impossibile, e non vi fossero figliuoli legittimi (6).

La legittimazion per testamento è una particolare specie di quella per rescritto. Quando il padre, il quale volea vivendo legittimare i suoi figliuoli naturali, n' è stato impedito da un evento fortuito, e dichiara in suo testamento scritto che i suoi figliuoli naturali erederanno come legittimi figliuoli ed eredi, costoro, fondandosi in così fatto testamento, possono domandare al principe la legittimazione (7).

Molti autori ammettono, per la Nov. 117 c. 2, una quarta specie di legittimazione, *per nominationem filii :* ma questa Novella non d' altro parla che della pruova della legittimità.

La legittimazione, comunque fatta, cagionava nel figliuolo un mutamento menomo di stato, in quanto ch' egli restava di essere *sui juris :* il perchè, per qualunque legittimazione si richiedeva il consentimento non solo del padre, ma eziandio del figliuolo (8).

(1) Doneau, *Comm.* II, 21. — Jordens, *De legitimat. Diss.* Tr. ad Rh. 1742. — Dav. de Piera, *Diss. de legit. sec. prin. jur. rom.* L.-B. 1823.

(2) *In parte* s'intende solamente quanto al dritto di successione; e tal effetto ha la *legittimazion del testamento.*

(3) Const. 5, 6, 7, 10, 11, V, 27.—§ 13, J. 1, 10. — Nov. 89, c. 8.

(4) Const. 3, 4, ibid.—Soprattutto, Nov. 38, e 89 c. 2.

(5) Pare che qui sia seguitata la comune sentenza che questa legittimazione avvenisse per la carica di decurione procurata al figliuolo illegittimo; dovechè invece è provato che questo effetto fu da' romani imperatori attribuito alla semplice ascrizione alla curia, per la conscienza loro degli intollerabili pesi e poco men che della vera schiavitù in cui la lor mala signoria trasformato avea l'antica civiltà del viver municipale. Percioechè fuggendo gli uomini a più potere dall'ordine curiale, che sotto nome di onore nascondeva la lenta ma certa rovina di loro sostanza, fu tra gli altri modi di accrescerlo trovato questo della legittimazion degli spurii; il quale in tanta corruzione di tempi, quando non è da supporre che per lavar la macchia di lor nascimento molti acconsentissero a spogliarsi della roba, non si può credere che giovasse molto. *(Trad.)*

(6) Nov. 74, c. 1. — Nov. 89, c. 9.

(7) Nov. 74, c. 2. — Nov. 89, c. 10.

(8) Fr. 11, I, 6. — Particolarmente la Nov. 89, c. 11, pr. § 1.

CAPITOLO III.

DEGLI EFFETTI DELLA POTESTA' PATERNA (1).

§. 588. *Effetti generali.*

La potestà paterna aveva in dritto romano questo generale effetto, che il padre di famiglia e tutti quelli che stavano sotto alla sua potestà, per una finzion di dritto, erano ne' loro privati affari (2) considerati come una sola e medesima persona (3). Le conseguenze di siffatta finzione erano, che tutto quanto il figliuol di famiglia acquistasse appartenea di pieno dritto al padre di famiglia (4); che nessuna obligazione nè nessuna azione poteva aver luogo infra 'l padre ed il figliuolo (5); che il figliuol di famiglia non poteva essere adoprato per testimonio nel testamento di suo padre (6); e che, morendo il padre, il figliuol di famiglia, il qual si trovava immediatamente sotto alla sua potestà *(suus heres)*, acquistava di pieno dritto la successione (7). Ma tale unità di persone non avea luogo ne' casi, ne' quali il figliuol di famiglia era contato e trattato siccome padre di famiglia, per esempio allorchè si trattava del peculio castrense (8).

§. 589. *De' dritti particolari del padre.*
1. *In quanto alla persona de' figliuoli.*

I dritti particolari dalla legge riconosciuti nel padre per virtù della potestà paterna, si riferiscono tanto alla persona de' figliuoli, quanto a' loro beni. Quant' è a' primi:

1. Anticamente aveva in su' proprì figliuoli il dritto di vita e di morte *(jus vitae et necis)*, il qual non fu del tutto abolito, che da Costantino (9): avea pure il dritto di vendere i suoi figliuoli, ma Diocleziano e Massimiano gli tolsero cotal dritto, lasciandoglielo solo pe' testè nati, nel caso di estrema sua povertà (10): finalmente potea consegnare il figliuolo a chi ne avesse ricevuto nocumento *(noxae dare)*, il qual dritto dappoi gli fu parimente levato (11).

2. Il nuovo dritto non concede più al padre, rispetto alla persona de' suoi figliuoli, se non i seguenti dritti:

a) Di gastigarli e punirli per leggieri mancamenti (12).

(1) Doneau, *Comm.* II, 25.

(2) Perchè ne' publici negozi i figliuoli di famiglia erano contati per padri di famiglia: fr. 9, I, 6. — fr. 3, I, 7. — fr. 13, § 5; fr. 14, pr. XXXVI, 1.

(3) Const. 11, VI, 26: « — cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligatur. » — Brunsich, *De unitate personarum quæ jure rom. inter patr. et lib. intercedit.* Gœtt. 1795.

(4) Inst. II, 9; III, 29. — Caio, II, 86-96. — Ulp. XIX, 18. — Da ciò veniva eziandio che l' arrogatore acquistava tutti i beni dell' arrogato. Inst. III, 11. — § 6, J. II, 9.

(5) § 1, 6, J. III, 20. — fr. 1, § 1, XLI, 6. — fr. 2, pr. XVIII, 1. — fr. 4, V, 1. — Quindi discendea pure che il padre non poteva, tantochè durasse la potestà sua, cedere al figliuolo l' usufrutto del peculio avventizio.

(6) § 9, 10, J. II, 10. — Ulp. XX, 3. — Caio, II, 105-8.

(7) § 3, J. III, 1. — fr. 11, XXVIII, 2. — Caio, II, 156-58.

(8) Fr. 2, pr. XVIII, 1. — fr. 4, V, 1.

(9) Const. un. IX, 17.

(10) Const. 2, IV, 43.

(11) § 7, J. IV, 8. — Enneclo, *Antich.* I, 9, § 3-10.

(12) Const. 3, VIII, 47. — *V.* const. un. IX, 15.

b) Di chieder loro de' servigi (1).

c) Di dar loro un tutore con testamento (2); e di nominar loro un erede pel caso ch' essi morissero prima di entrar nella pubertà (*jus pupillariter substituendi*) (3).

d) Di consentire al loro matrimonio (4).

e) Di esigere, mediante l' interdetto *de liberis exhibendis*, che gli sieno restituiti da chiunque li distenga (5).

f) Di venderli per ischiavi appena nati (*sanguinolentos*), nel caso di estrema sua miseria (6).

§. 590. II. *In quanto a' beni de' figliuoli.*
A. *Nozione e specificazion del peculio* (7).

Pel vecchio diritto, il figliuol di famiglia non poteva aver beni suoi propri: tutto ciò, ch' esso acquistava, apparteneva al padre di famiglia. Ma spesso accadea che questi desse a suo figlio ovvero al suo schiavo una parte de' suoi beni ad amministrare o per mercantare; e questa porzion di beni, chiamata *peculium*, è la più antica specie di peculio. Nel nuovo diritto ha nome di *peculium profectitium*, e comprende tutto quanto è dal padre al figlinolo dato ad amministrare (8). Ma per esso dritto nuovo il figliuol di famiglia può parimente aver de' beni suoi propri, i quali sono di differenti specie, rispetto al modo dell' acquistarli (9):

1. *Castrense peculium*: questo comprende tutte le cose mobili da parenti ovvero strani donate al figliuolo entrante nello esercito; dipoi, tutti i mobili e gli stabili ch' egli acquista mentrechè sta sotto le armi, segnatamente i doni e le successioni de' suoi commilitoni; finalmente tutto ciò ch'egli, militando, riceve da sua moglie, siccome erede, non già come legatario, e tutto quanto egli acquista per mezzo de' danari del peculio castrense (10).

2. *Quasi castrense peculium*: il qual comprende tutto ciò che il figliuolo acquista ne' suoi pubblici uffizi o pur facendo l' avvocato, e ciò che a lui donino l' imperatore o la imperatrice (11).

3. *Peculium adventitium*; ciò sono i beni che il figliuolo acquista per qualunque altro modo, e particolarmente: i beni chiamati *bona materna et materni generis*, ed i guadagni nuziali a lui provegnenti da'suoi genitori; poi, tutto ciò che gli s' aspetta allorchè il padre o la madre passa a seconde nozze; e per dritto nuovo, ogni acquisto il quale non provenga dalla sostanza paterna, e che nè castrense sia, nè quasi castrense (12).

§. 591. B. *De' dritti del padre su' peculii.*

I dritti del padre in su' peculii differiscono secondo le diverse specie di peculii.

(1) Fr. 3, XXXIII, 2.—fr. 7, pr. IX, 2.
(2) § 3, J. I, 13. — fr. 1, pr. XXVI, 2.
(3) Pr. J. II, 16.—fr. 2, pr. XXVIII, 6.
(4) Fr. 2, XXIII, 2. — pr. J. I, 10.
(5) Fr. 1, pr. XLIII, 30. — fr. 1, § 2, VI, 1.
(6) Const. 2, IV, 43.
(7) Galvanus, *De usufr.* VII, 5-11. — Rau, *Hist. jur. civ. de peculiis.* Lips. 1770. — Gluck, *Comm.* XIV, 905-12. — V. Witte, *De luctuosis hereditatibus.* Vratisl. 1824. — Luden, *De peculiis sec. jus rom.* Gœtt. 1835.
(8) Fr. 5, § 4; fr. 7, § 3, XV, 1.—§ 1, J. II, 9. « Si quid ex re patris ei obveniat. »
(9) Const. 37, pr. III, 28.
(10) Fr. 3, 4, pr.; fr. 8; fr. 11; fr. 16, § 1; fr. 19, pr. XLIX, 17. — Particolarmente, const. 1, 4, XII, 37.
(11) Const. un. XII, 31. — const. ult. XII, 37. — const. 7, I, 51. — 4, 14, II, 7. — const. 7, VI, 61. — const. 34, I, 3. — Nov. 123, c. 19.
(12) § 1, J. II, 9. — const. 1, 2, VI, 60. — Cod. VI, 61.

1. Il peculio *profettizio* è, e rimane di proprietà del padre: il figliuolo l'amministra, ha il dritto di alienarlo, ma non può farne donazione, e ciò che per questo mezzo egli acquista, appartiene al padre (1). Colui che dava al suo figliuolo un peculio profettizio poteva esser convenuto mediante l'azion *de peculio*, per tutti i debiti contratti per tal rispetto e fino alla quantità del peculio (2): ma il figliuolo conservava siffatto peculio quando i beni del padre erano incamerati (3), quando egli usciva della potestà paterna per la sua nomina ad un de' maggiori uffici dello stato (4), o quando il padre lo emancipava senza ripigliarsi il peculio (5).

2. Il peculio *castrense* e *quasi castrense* è, almeno in dritto nuovo, di piena proprietà del figliuolo; nè il padre n'ha non pur l'usufrutto (7). Il figliuolo è considerato come padre di famiglia rispetto a tale peculio (8), e può liberamente disporne, così tra vivi, come per caso di morte; ondech'egli ha pure il dritto di disporne per testamento (9), e se muore senz' averlo fatto, i suoi eredi ab intestato lo eredano, secondo i principj della successione ab intestato (10).

3. Il peculio *avventizio* è di proprietà de' figliuoli, ma durante la potestà paterna l'amministrazione e l'usufrutto ne sono generalmente del padre (11), il qual non deve nè dar cauzione, nè render conto (12): nondimeno egli non ha il dritto di alienar le cose comprese nel peculio senza il consenso de' figliuoli, se non per pagar de' debiti o de' legati, ovvero quando le cose sien tali da non potersi conservare (13); altrimente l'alienazione è nulla in favor de' figliuoli, e la prescrizione è sospesa per tutto il durar della potestà paterna (14). Dal canto loro i figliuoli non posson disporne senza il consenso del padre, tantochè sono in costui potestà, nè anche meno testamentarne (15).

La regola da noi testè posta, che il padre ha l'amministrazione e l'usufrutto del peculio avventizio de' figliuoli, è soggetta alle seguenti eccezioni:

1. Quando il figliuolo accetta, contro il voler di suo padre, una successione o una cosa a lui lasciata (16).

2. Quando gli è fatta una donazione sotto la condizione che il padre non ne avrà l'usufrutto (17).

3. Quand' egli è chiamato insiem col padre alla successione intestata d'una sorella o d'un fratello carnale (18).

4. Quando il padre amministra malamente un fidecommesso, ch' egli sia tenuto di restituire al figliuolo quando sia disciolta la paterna potestà; nel qual caso, deve restituirlo di presente, senz' altramente goderne (19). Tutto

(1) Fr. 18, § 4; fr. 19, XIII, 7.—fr. 7, pr. § 1-3, XXXIX, 5. — § 1, J. II, 9.

(2) § 4, J. IV, 7.—Dig. XVI, 1.—Cod. IV, 26.

(3) Fr. 3, § 4 in fine, IV, 4.

(4) Nov. 81, c. 1, § 1.

(5) Fr. 31, § 2, XXXIX, 5. — § 20, J. II, 20. — const. 17, VIII, 54.

(6) Dig. XLIX, 17. — Cod. XII, 37. — De Retes, *De castrense et quasi castr. pec.* ne' suoi Opuscoli e nel Tesoro di Meerman.—Gluck, *Comm.* XIV, 906; XXXIV, 101-17.

(7) Const. 6, pr.; const. 7, VI, 61.

(8) Fr. 1, § 3; fr. 2, XIV, 6. — fr. 17, XL, 1.

(9) Fr. 4, V, 1. — const. 2, XIII, 37.— Ulp. XX, 10. — § 6, J. II, 11. — pr. J. II, 12.

(10) Pr. ibid.— const. 34, I, 3. — Nov. 118.

(11) § 2, J. II, 9.— const. 1, VI, 60. — const. 6, pr. VI, 61. — Hublebusch, *De usufr. patris in bonis liberorum adventitiis.* Bruns. 1783.

(12) Const. 6, § 2; const. 8, § 4 in fine, VI, 61.

(13) Const. 1, 2, VI, 60.—const. 4; const. 8, § 4, 5, VI, 61.

(14) Const. 1, VI, 60.—const. 4, VI, 61. — const. 1, § 2, VII, 40.—Nov. 22, c. 4. —Essi hanno una ipoteca legale su' beni del padre.

(15) Const. 8, § 5, VI, 61.—pr. J. II, 12.

(16) Const. 8, pr. § 1, 3, VI, 61.

(17) Nov. 117, c. 1, pr. § 1.

(18) Nov. 118, c. 2.

(19) Fr. 50, XXXVI, 1.

ciò che il figliuolo ne' detti quattro casi acquista siccome libera sua proprietà, chiamasi oggi peculio avventizio straordinario *(peculium adventitium extraordinarium)*: egli può liberamente disporne tra vivi, ma non così per testamento (1).

§. 592. C. *De' dritti del padre su' beni de' figliuoli emancipati.*

Per regola generale, il padre ha l'usufrutto legale de' beni di que' soli figliuoli che stanno sotto la sua potestà, e fintantochè questi vi stieno. Pure siffatta regola è soggetta all'eccezioni che seguono:

1. Quando una donna muore lasciando de' discendenti comuni di lei e del suo consorte sopravvivente, i quali però sieno sotto alla potestà di costui, egli allora acquista l'usufrutto di una parte de' beni da siffatti discendenti eredati dalla defunta. Il quanto della detta parte è determinato così, che se non vi son che figliuoli, egli gode l'usufrutto di una porzione eguale a quella di ciascun capo, se vi son pure de' nipoti e pronepoti, l'usufrutto è di una porzione eguale a quella di ciascuna stirpe (2). Tale usufrutto è legale; epperò il marito ha eziandio dritto di domandarlo quando la moglie abbia fatto testamento, nel qual caso egli concorre co' figliuoli e co' nipoti per le porzioni ond' essi sono instituiti eredi.

2. Quando il padre emancipava suo figlio, potea pel vecchio dritto ritener la proprietà del terzo del peculio avventizio, siccome prezzo della emancipazione *(praemium emancipationis)*: il dritto nuovo non gli dà più niente in proprietà, sì bene l'usufrutto della metà del detto peculio, dal di della emancipazione infino a che viva (3).

CAPITOLO IV.

DELLA CESSAZIONE DELLA POTESTA' PATERNA (4).

§. 593. I. *Per la morte del padre o del figliuolo.*

La potestà paterna finisce:

1. Per la morte del padre di famiglia, o per la sua massima ovvero mezzana diminuzione di stato (5). Nell' uno e nell' altro caso, i suoi figliuoli d' ambo i sessi diventano *sui juris*, ma i nipoti ricadono sotto la potestà del padre loro, salvoch' egli non sia già morto, o pur già liberato egli stesso della potestà del padre suo (6).

2. Per la morte del figliuolo sottoposto alla potestà paterna, o per la sua massima ovvero mezzana diminuzion di stato (7).

(1) Const. 11, VI, 22.—Nov. 117, c. 1. — Gluck, *Comm.* 34, p. 123.

(2) Const. 3, VI, 60.—Doneau, *Comm.* IX, 2.

(3) § 2, J. II, 9.— const. 1, § 2, C. Th. VIII, 18. — const. 6, § 3, VI, 61.

(4) Inst. I, 12.—Dig. I, 7.—Cod. VIII, 49. — Ulp. X, § 1, 2. — Caio, I, 127-37. Paolo, II, 25.—Doneau, *Comm.* II, 26, 27.

(5) Perchè solo il cittadino romano poteva aver la potestà paterna: § 2, J. I, 9. — § 1, 2, J. I, 12. — Caio, I, 128 e 29. — Ulp. X, 3.

(6) Pr. J. ibid. — fr. 5, I, 6. — V. fr. 41, I, 7. — Caio, I, 127. — Ulp. X, 2. — Ma quando alcuno esca della potestà paterna per una carica che gli è conferita (§ 585), epperò nessuna diminuzion di stato sopporti, i suoi figliuoli non diventano di lor ragione per la morte dell'avolo, ma vanno sotto alla potestà del padre: Nov. 81, c. 2.

(7) Perchè solo il cittadino romano può sottostare all'altrui potestà paterna. Ulpiano, X, 3. — § 1, J. I, 12.

§. 594. II. *Vivendo il padre ed il figliuolo.*

Oltre a' due casi testè detti, è regola generale che, fintantochè vivono il padre ed il figliuolo, la potestà paterna non cessi, se non pel sopravvenir di un motivo valevole in dritto civile a discioglierla anche vivendo ambidue (1). Questo motivo è riposto o in una disposizion della legge, o nella volontà del padre.

§. 595. A. *Per disposizion della legge.*

La potestà paterna si discioglie senza la volontà del padre:

1. Di pieno dritto, quando il figliuolo è nominato ad una dignità superiore dello stato. Anticamente alcune dignità sacerdotali liberavano solamente dalla potestà paterna (2); ma dipoi tale effetto fu esteso a parecchie altre cariche (3).

2. Certi delitti del padre fanno pure cessar sua potestà: segnatamente, quando egli contrae nozze incestuose, la potestà paterna è sciolta di pieno dritto (4); e quand' egli prostituisce la sua figliuola, questa può dimandar che la potestà paterna gli sia levata (5). In tutti questi casi di scioglimento della potestà paterna, sia ch' ella cessi di pieno dritto, o che sia levata al padre, il figliuolo non soggiace al mutamento minimo di stato (6).

§. 596. B. *Per volontà del padre.*

Per la volontà del padre la potestà sua si discioglie in tre casi:

1. Quand' egli si lascia arrogare, i figliuoli a lui soggetti passano insiem con esso sotto la potestà dell' arrogatore (§ 584).

2. Quand' egli trasferisce la potestà paterna ad un altro, dando suo figlio in adozione (§ 585).

3. Quand' egli emancipa il figliuolo. In tutti quali casi il figliuolo soggiace ad una menoma diminuzion di stato, perciocch' egli cangia famiglia (*familia mutatur*).

§. 597. *Della emancipazione in particolare.*
1. *Nozione.*

L' emancipazione è un atto solenne, col quale i figliuoli son liberati della potestà paterna e diventano di lor ragione (*sui juris*) (7). Essa richiede le seguenti condizioni:

1. Il consenso del padre, il quale generalmente non può essere astretto ad emancipare il figliuolo (8), eccettochè:

(1) Ma non si tratta qui della *relegazione* del padre o del figliuolo: § 2, J. I, 12.—fr. 4; fr. 7, § 3; fr. 14, § 1; fr. 15, LVIII, 22. La diredazion del figliuolo nè pur essa discioglie la potestà paterna: fr. 20, pr. XXXVII, 4.

(2) Caio, I, 130; III, 114. — Ulp. X, 3.

(3) § 4, J. I, 12. — const. 66, X, 31. — const. 5, XII, 3. — Nov. 82, c. 2.

(4) Nov. 12, c. 2.

(5) Const. 6, XI, 40. — const. 12, I, 4. —Ordinariamente vi si aggiugne il caso in cui un padre esponga il suo figliuolo, giusto la const. 2 e 4, VIII, 52, e la Nov. 153, c. 1 (non chiosata).

(6) *V.* particolarmente la Nov. 81, c. 1.

(7) Caio, I, 132-34. — Ulpiano, X, 1.— Paolo, II, 25.—§ 6-10, J. I, 12. — Dig, I, 7.—Cod. VIII, 49.—Scheltinga, *De emancip.* —Gluck, *Comm.* II, 157.—Marchant, *Diss. de emancip. sec. jus rom. et odiern.* L.-B. 1822.

(8) § 6, J. I, 12. — fr. 31, I, 7.

a) Quando egli lo maltratti (1).
b) Quand'egli abbia accettato un legato lasciatogli a condizion di emancipare il figliuolo (2).
c) Quando l'impubere arrogato, pervenuto alla pubertà, domanda per giusti motivi la propria emancipazione (3) (4).
2. Il consenso del figliuolo; stantechè non è permesso al padre emanciparlo mal suo grado (5), salvochè non fosse ancora *infans* (6), o che non sia un figliuolo adottivo (7).
3. Finalmente, l'osservazion delle forme ordinate dalla legge (§ 598).

§. 598. 2. *Della forma della emancipazione.*

Nel vecchio diritto la emancipazione si faceva mediante tre vendite fittizie, ciascuna seguita da una liberazione, *per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones*: ma siffatto modo era già ito in disuso al tempo di Giustiniano, e fu da lui formalmente abolito. In dritto nuovo la emancipazione, rispetto alla sua forma, è di due sorte (8): l'anastasiana (*emancipatio anastasiana*), quando a richiesta del padre, e col consenso del figliuolo, il principe con un rescritto dichiara costui di sua ragione (9); e la giustinianea (*emancipatio justinianea*), quando il padre innanzi al giudice competente, e senza contraddetto del figliuolo, dismette la sua potestà (10).

§. 599. 3. *Degli effetti della emancipazione.*

L'emancipazione ha per effetto di far l'emancipato di sua ragione: egli dunque soggiace ad una menoma diminuzion di stato, lasciando la famiglia fin allora sua, e perdendo i suoi dritti di agnazione (11); i quali nondimeno il principe può a lui conservare, quando la emancipazion succede per via di rescritto (12). La legge permette al padre di richiamar sotto la potestà sua il figliuolo emancipato, il quale si fosse mostrato ingrato verso di lui (13).

(1) Fr. 5, XXXVII, 12.
(2) Fr. 92, XXXV, 1.
(3) Fr. 32, pr. I, 7.
(4) Già s'intende, al padre di arrogazione, sotto la potestà del quale egli sta. *(Trad.)*
(5) Paolo, II, 25, § 5. — const. 5, VIII, 49. — Particolarmente, Nov. 89, c. 1, pr. « Solvere jus patriæ potestatis invitis filiis non permissum est patribus. » — Gli è perciò che la potestà paterna non è disciolta dall'abdicazion del figliuolo *(abdicatio)* (a): Const. 6, VIII, 47.
(6) Const. 5 in fine, VIII, 49.
(7) Const. 10, pr. VIII, 48. — § 3, J. I, 11. — fr. 132, pr. XLV, 1. — Quant'è alla restrizione posta alla emancipazion di uno impubere arrogato, *v.* § 582.
(8) Const. 6, VIII, 49. — § 6, J. I, 12. *V.* Ulp. X, 1; Caio, I, 132-37.
(9) Const. 5, VIII, 49.
(10) Const. 6, ibid.
(11) Fr. 3, § 1, IV, 5.
(12) Const. 11, VI, 58.
(13) Const. 1, VIII, 50.

(a) L'abdicazione era ignominioso scacciamento del figliuolo, dopo averlo prima spogliato delle solite vesti; nè ad alcuno era lecito raccogliere un figliuolo a tal modo scacciato di casa sua. Ma il padre, dopo averselo ripigliato, potea da capo scacciarlo per nuove cagioni date dal figliuolo. E le cagioni erano, se il figliuolo passava la notte fuori di casa, s'egli si dava troppo al gozzovigliare, alla libidine, alle male compagnie, e generalmente sempre che contraffacesse alla volontà del padre. *(Trad.)*

SEZIONE III.

Della tutela e della cura (1).

§. 600. *Idea di queste due cose.*

Per *tutela* e per *cura* intendesi il dritto ed il dovere di proteggere e di rappresentar quelle persone le quali per cagion di loro giovinezza o per qualunque altra ragione han bisogno di appoggio, di assisterle ne' loro atti giuridici, e di amministrare i lor beni. Era dunque appo i Romani una sola instituzione, divisa nelle due specie sopradette, *tutela et cura* (2).

CAPITOLO PRIMO.

DELLA TUTELA.

§. 601. I. *Nozione.*

Due sorte di persone erano originalmente sottoposte alla tutela; gli impuberi per la loro età, le donne ancorchè puberi pel loro sesso, *tutela impuberum s. aetatis*, *tutela feminarum s. sexus*. Il dritto di Giustiniano non più parla se non della prima, della qual solamente anche noi tratteremo (3).

La tutela degli impuberi (*tutela impuberum*) è il potere e la facoltà data ad un romano cittadino di compiere con l'autorità sua la persona di un cittadino impubere, talora eziandio tenerne le veci, ed amministrare i suoi beni (4). Il dritto di tutela, da principio dato al più prossimo agnato dell'impubere, diventò più tardi un dovere, un carico pubblico (*munus publicum*), che colui, al qual si attribuiva, era tenuto di accettare (5): ma il nuovo dritto non fè cangiamento alcuno alla essenza della tutela, di rappresentare e di compir la persona di uno impubere negli atti suoi giuridici, e di governar le sue sostanze. « Tutor *personae*, non *rei* vel *causae* datur »:

(1) Fonti: Caio, *Comm.* III, XV, 18-22. — Faber, *Jurispr. Papinianeæ scientia etc.* Lugd. 1658.—Huber, *Digress. Justin.* p. 1, lib. 3. — Noodt, *ad Dig. lib.* 26 *et* 27. Colon. 1763.—Seger, *Hist. jur. rom. de tut. et cur.* Lips. 1760. — Gans, *Scolii su Caio*, p. 178.—Wicher Wichers, *Diss. ad loc. Gaji de tutelis.* Grœning. 1822. — Minguet, *Hist. jur. rom. de tut.* Grœning. 1826. — Nilant, *Diss. de jure tutelari ex lege XII tab.* Grœning. 1827. —Zimmern, *Rechtsg.* t. 1, p. 232.—Gluck, *Comm.* XXVIII, 435, fino a XXXIII, 310.

(2) Brandenberg, *Comm. exponens differentias juris rom. inter pupillos et minores, tutores et curatores.* Hannov. 1793. —Schrœter, *De nexu tutelæ et juris succedendi.* Jenæ, 1820. — Reits, *De differentia tutelæ et curæ apud Romanos.* Traj. ad Rh. 1821.

(3) Caio, I, 157, 190; II, 118. — Ulp. XI, § 1, 25, 27; XX, § 15.— Ever. Otto, *Diss. de perpetua feminarum tutela.* Duisb. 1719. —Van Maxnen, *Diss. de muliere in manu et in tut. etc.* L.-B. 1833.

(4) Fr. 1, pr. § 1, XXVI, 1. « Tutela est (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data et permissa.» § 1, 2, J. I, 13.—Gebauer, *Progr. de Serv. Sulpicii definitione tutelæ etc.* Gœtt. 1738.

(5) Fr. 1, § 3, 4; fr. 18, § 1, L, 4.—fr. 1, pr. XXVI, 7.

ch'è quanto dire che il tutore è dato per compimento della persona giuridica del pupillo in tuttoquanto egli dovrebbe fare da sè. Non è dunque dato per un particolar negozio del pupillo (*non singulae rei vel causae datur*), ma per tutti i suoi beni e per tutte le faccende ad essi relative (1).

Colui ch'è incaricato di una tutela, chiamasi tutore (*tutor*) (2); colui che vi è sottoposto, pupillo (*pupillus*), nè può essere se non una persona di sua ragione, e che già ci sia nata (3). La tutela degli impuberi è del resto una necessità della legge, cioè a dir che non è in arbitrio del pupillo di voler avere un tutore o pur farne senza (4).

§. 602. II. *Della capacità del tutore.*

Il tutore dev' esser capace di accettar la tutela. Son dichiarati incapaci :

1. Gli schiavi, e quelli che non sieno cittadini romani (5). Però, poteva il padre nominar tutore di suo figlio lo schiavo suo proprio, e questo diventavane libero (6). I latini (*latini*) e' forestieri (*peregrini*) erano dunque incapaci di esser tutori, per esser la tutela un dritto proprio de' cittadini romani, *jus proprium civium romanorum* (7).
2. Le donne (8); eccetto la madre e l'avola, le quali anzi il nuovo dritto preferisce nella tutela de' lor figliuoli o nipoti (9).
3. I pazzi, gli insensati (10), ed i sentenziati prodighi (11).
4. I sordi ed i mutoli (12).
5. I minori (13).
6. I vescovi ed i monaci (14).
7. I soldati militanti (15).
8. I nemici dichiarati del pupillo o di suo padre (16).
9. Chi procaccia di aver la tutela per via di danari (17).
10. Colui il quale al tempo, che la tutela gli è offerta, abbia delle ragioni in su' beni del pupillo, o pur qualche obligazione inverso questo : la madre e l'avola, però, sono eccettuate (18).

(1) Fr. 14, XXVI, 2. — § 17, J. I, 25. — fr. 12, 13, XXVI, 2.

(2) Fr. 1, § 1, XXVI, 1.—§ 2, J. I, 13.

(3) Fr. 239, pr. L, 16.—fr. 1, pr. XXV, 1. — fr. 161, L, 16.— fr. 20, XXVI, 5.— fr. 19, § 2, XXVI, 2.

(4) Fr. 6, XXVI, 5. — const. 2, V, 60.

(5) Const. 7, V, 34.

(6) § 1, J. I, 4.

(7) § 1, J. I, 13 comp. col § 4, I, 22. — Buchholtz, *Ad Vat. Fragm.* § 193, pretende in contrario che i latini e gli stranieri erano capaci ed obligati di accettare almeno la tutela *dativa* (a).

(8) Fr. 16, pr.; fr. 18, XXVI, 1.—const. 1, 2, V, 35.

(9) Nov. 94. — Nov. 118, c. 5. Per la const. 3, V, 35, e la Nov. 94, c. 1 in fine, è fuori dubbio che la madre aveva egualmente la tutela de' suoi figliuoli *naturali*.

(10) § 2, J. I, 14. — fr. 17, XXVI, 1.

(11) § 3, J. I, 23. — fr. 1, XXVII, 10.

(12) In fatti, costoro non possono interporre la loro autorità: fr. 1, § 2, 3, XXVI, 1. I ciechi non sono incapaci : fr. 16, XXVI, 8. — fr. 40, XXVII, 1.

(13) § 13, J. I, 25. — const. 5, V, 30. Il figliuol di famiglia, se maggiore di età, può esser tutore: pr. J. I, 14. — fr. 7, XXVI, 1.

(14) Const. 52, I, 3. — Nov. 123, c. 5, § 1.

(15) § 14, J. I, 25. — fr. 8, XXVII, 1. — const. 4, V, 34. — *V.* Cod. V, 65.

(16) § 11, J. I, 25. — fr. 3, § 12, XXVI, 10. — fr. 6, § 17, XXVII, 1. — Hermannus, *Ad. L. 6*, § *17, D. de excus.* Viteb. 1793.

(17) Fr. 21, § 6, XXIV, 5. — fr. 1, § 8, XXVI, 10.

(18) Nov. 72, c. 1, 2, 3, 4. — Nov. 94, c. 1. — Walch, *De tutore pupilli sui ante suc. tutel. debitore.* Jenæ, 1777. — Hœpfner, *Comm.* § 245, nota 6.

(a) Cioè, quella data dal magistrato, in mancanza di tutori testamentari e legittimi, come si vedrà appresso. (*Trad.*)

11. Colui al quale la tutela sia divietata dal padre o dalla madre del pupillo (1).
12. Un ebreo, quando si tratti della tutela di un cristiano (2).

§. 603. III. *Delle scusazioni de' tutori* (3).

La tutela è pel nuovo diritto un carico pubblico; ondechè qualunque ne sia per giusta cagione incaricato, non può rifiutarlo, eccetto soltanto la madre e l'avola, in libertà delle quali è lasciato l'accettare o ricusar la tutela (4). Nulladimeno la legge ammette parecchie cagioni valevoli per chi voglia allegarle a scaricarlo della tutela; le quali cagioni di scusa sono in roman dritto chiamate *excusationes* (5), e son di due specie:

A. Le une danno il dritto di rifiutare una tutela che ha da venire; e le persone che possono valersi di siffatte scuse, sono:

1. Chi abbia figliuoli legittimi, già nati, ed ancor vivi (6), in numero di tre in Roma, quattro in Italia, e cinque nelle provincie (7).
2. Chi è in età di settant'anni compiuti (8).
3. Quelli che sono assenti per servigio della republica, se son chiamati ad una tutela durante l'assenza o un anno dacchè son tornati (9).
4. Le persone insignite di grandi cariche (10).
5. Gli ecclesiastici (11), i pubblici professori delle arti liberali o delle scienze, come pure i medici (12).
6. Gli amministratori de' beni del fisco e del patrimonio del principe (13).
7. Chi non ha suo domicilio nel luogo, ov'è chiamato alla tutela (14).
8. Colui, che il padre ha nominato tutore per odio che gli aveva (15) (16).

(1) Fr. 21, § 2, XXVI, 5. — *V*. fr. 8, pr. XXVI, 2.

(2) Pare che il vecchio dritto ammetta a questa funzione l'ebreo: fr. 15, § 6, XXVII, 1. Ma il dritto nuovo tienlo siccome incapace di qualunque publica funzione: const. 19, I, 9.

(3) Inst. I, 25.—Dig. XXVII, 1.—Cod. V, 62-69. — Paolo, II, 27-30. — Fragm. Vat. § 128-247.—Cujacio, *Comm. ad tit. D. de excus*. Opera, t. 1. — Augustinus, *Lib. sing. ad Modest. s. de excusat.*; in Otto, *Thes*. t. IV. — Jenichen, *Diss. de excusat. tutor. et curat*. Giessæ, 1755. — Gluck, *Comm*. 31, § 1554. — Westrick, *Disp. ad locum Gaji etc. et ad tit. Fragm. Vat. de excusatione*. L. B. 1826.

(4) Nov. 94, c. 1. «Quia vero matribus *volentibus* curam habere minorum et *petentibus* curam subire; etc.»—Nov. 118, c. 5.

(5) *Excusare* è usato talvolta in dritto romano per *prohibere*; per esempio, fr. 1, § 3, III, 1.—fr. 11, L, 2: ed il medesimo è relativamente alla tutela: § 11, 13, 14, J. I, 25.—const. 17, V, 62. Quindi è che i moderni d'ordinario distinguono la scusazion volontaria e la necessaria; la prima è la scusa nel vero suo significato, la seconda significa l'incapacità alla tutela.

(6) Ma s'erano morti per la patria, si contavano per vivi: «Illi enim, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.» Pr. in fine, J. I, 25. *(Trad.)*

(7) Pr. J. I, 25. — fr. 2, § 2-8; fr. 18, XXVII, 1.—const. 1, V, 66.—*Fragm. Vat*. § 191. — *V*. Ennecio, *Ad L. Jul*. II, 8.

(8) § 13, J. I, 25. — fr. 2, pr. XXVII, 1. — fr. 3, L, 6. — const. un. V, 68.

(9) § 2, J. ibid.—fr. 10, pr. § 2, XXVII, 1. — const. 2, V, 64.

(10) § 3, J. I, 25. — fr. 17, § 5, XXVII. 1.

(11) Const. 52, I, 3. — Nov. 123, c. 5.

(12) § 15, J. I, 25. — fr. 6, § 1-9, XXVII, 1. — const. 6, X, 52. — Essi non han dritto a scusarsi, se non «*si circa operationem se negligenter non habeant.*» —fr. 6, § 4, XXVII, 1.

(13) § 1, J. I, 25. — fr. 22, § 1; fr. 41, pr. XXVII, 1.

(14) Fr. 46, § 2, ibid. — *V*. fr. 10, § 4; fr. 19; fr. 21, § 2, ibid. — const. 11, V, 62.

(15) § 9, J. I, 25.

(16) La qual nomina si facea per implicare il nemico ne' travagli e litigi e pericoli inseparabili dall'amministrazion della tutela, massime di talune più avviluppate dell'altre: ond'è che gli onesti uomini, non desiderosi d'ingrassarsi della sostanza de' pupilli, solean fuggirle

9. Tre tutele nella stessa famiglia, non brigàte, ed amministrate tutte a rischio del padre di famiglia, son buona scusa a ciascun membro della famiglia per ricusarne una quarta (1).

B. L'altra specie di scusazioni son quelle che danno il dritto di dismettere una tutela già accettata; e può addurle:

1. Chi per povertà o malattia non è in istato di continuar nell'ufficio (2).
2. Chi cangia domicilio con l'autorizzazione del principe, purchè a questo sia noto che quegli amministra una tutela (3).
3. Chi entra nel Consiglio del principe (*Consilium principis*) (4).
4. Chi è assente per faccende dello Stato, può domandar che un altro tutore amministri per tutto quel tempo ch'egli starà lontano (5).

Tutti i tutori, o testamentarii, o legittimi, o dativi, hanno il dritto di addurre così fatte scuse: ma debbono farlo entro cinquanta dì computabili da quello in cui hanno conosciuto la lor nomina (6) (7). Chi abbia promesso al padre del pupillo di pigliar la costui tutela e non profittar di sua scusa, non può più farla valere (8). Ancora si fa conto che il tutore tacitamente accetti il carico, quand'egli stesso ha scritto il testamento o pure il codicillo in cui dal padre è stata fatta la sua nominazione, la qual diventa definitiva con la soscrizion del nominante (9); o quando ha accettato la tutela senza prevalersi della sua scusa (10); o pur quando egli accetta il lascio fattogli in risguardo alla tutela (11).

§. 604. IV. *Delle specie della tutela.*

La tutela ha per fondamento o una disposizion testamentaria (*tutela testamentaria*), o una disposizion della legge (*tutela legittima*), o una disposizion del magistrato (*tutela dativa*). Il dritto romano non parla di tutela fondata sopra una convenzione (12).

§. 605. A. *Della tutela testamentaria* (13).

La tutela testamentaria è nel romano dritto poggiata in su'seguenti principj:

come ogni altra gravezza. Ma richiedevasi che il proposito di nimicare il tutore fosse chiaro nel padre; perchè s'egli avea con buona intenzione chiamato alla tutela de' propri figliuoli un uomo già stato suo nimico, era segno di riconciliazione, ed il nominato non avea scusa. *(Trad.)*

(1) § 5, J. I, 25. — fr. 2, § 9; fr. 3-5; fr. 15, § 15; fr. 17, pr.; fr. 31, § 4, XXVII, 1. Nell'ultimo de'citati luoghi si legge: « Cæterum putarem recte facturum prætorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. » Const. un. V, 69.

(2) § 6, J. I, 25. — fr. 7; fr. 40, § 1, XXVII, 1. — Const. un. V, 69.

(3) Fr. 12, § 1. XXVII, 1.

(4) Fr. 30, pr. ibid. — fr. 11, § 2, IV, 4.

(5) § 2, J. I, 25. — fr. 10, pr. § 2, XXVII, 1. — fr. 11, § 2, IV, 4. — const. 1, V, 64.

(6) § 16, J. I, 25. — fr. 2, § 5; fr. 13, § 1, 2; fr. 30, § 2; fr. 45, § 1, XXVII, 1. — const. 9, V, 3.

(7) Ma questo si può intendere della sola prima specie di scusazioni, cioè quelle valevoli a scusar da una tutela non peranco accettata, perchè l'altre è chiaro che potean sopravvenire in qualunque tempo. *(Trad.)*

(8) § 9, J. I, 25. — fr. 15, § 1, XXVII, 1. — *Vat. Fragm.* § 153.

(9) Fr. 29, XXVI, 2. — fr. 15, § 1, XLVIII, 10.

(10) *Vat. Fragm.* § 151. — const. 2, V, 63.

(11) Fr. 5, § 2, XXXIV, 9.

(12) Perchè il § 9, J. I, 25, ed il fr. 15, § 1, XXVII, 1, parlano solamente di colui che abbia promesso al padre dell'impubere di non servirsi della sua scusa, s'egli sarà chiamato alla tutela per una giusta cagione. — J. G. Heineccius, *Diss. de tutela pactitia s. conventionali.* Lips. 1777, e nelle sue *Opera*, t. 3.

(13) Caio, I, 144 e seg. — Ulp. XI, XIV, e seg. — Inst. I, 14. — Dig. XXVI, 2. — Cod. V, 28. — fr. 120, L, 16. — Gluck, *Comm.* 29, 197.

1. Il solo padre di famiglia ha dritto di nominar pel caso di sua morte un tutore a' suoi figliuoli e discendenti impuberi i quali, sottoposti immediatamente alla potestà sua nel punto ch'egli muoia, diventino quindi innanzi di lor propria ragione (1); nulla montando se il padre instituisca erede il figliuolo, o pure il diseredi (2).

2. La nomina di un tutore deve farsi in un testamento, o in un codicillo confermato (3): può per altro esser fatta pura e semplicemente, o sotto condizione, o da tal giorno in poi *(ex die)*, o fino a tal giorno *(in diem)*, o senza determinato tempo (4); ma il tutore dev'essere una persona certa, e ciò fin da quando è nominato (5) (6).

3. Il tutor testamentario validamente nominato da chi n'avea dritto, era appo i romani detto *tutor recte datus* (7). Egli acquistava il *jus tutelae* di pieno dritto, senz'aver bisogno della confermazion del magistrato, ed era dispensato dal dar sicurtà *(satisdatio)* (8).

La tutela testamentaria non era poi validamente data *(non recte datur)*, quando colui che nominava il tutore non aveva l'impubere sotto alla sua potestà paterna, o quando, avendolo, non facea la nomina in un testamento o pure in un codicillo confermato da testamento. Ma il dritto nuovo obbliga il magistrato a confermare, talor pura e semplicemente, tal altra dopo precedente inquisizione e chiedimento di sicurtà, il tutor testamentario non validamente dato: ondechè si divide la tutela testamentaria in perfetta *(tutela testamentaria perfecta)*, ch'è quella valevole di pieno diritto; ed imperfetta *(tut. test. imperfecta)*, ch'è quella in cui manchi l'una o l'altra delle anzidette condizioni (9). Nella tutela testamentaria imperfetta si distinguono i seguenti casi:

1. Quando il tutore invalidamente dato doveva esser confermato senza precedente inquisizione, e senza fargli dar sicurtà. Tal era quando il padre nominava, in un testamento o codicillo confermato, un tutore ad un suo figliuolo emancipato, benchè non lo avesse instituito erede (10); similmente quando il padre nominava un tutore al figliuolo a lui sottoposto, ma con testamento invalido o codicillo non confermato (11); finalmente, quand'egli avea dato un tutore al figliuol suo naturale, purchè avesse a questo lasciata qualche cosa (12).

2. Quando per confermare si richiedea veramente una inchiesta, ma non alcuna sicurtà. Tal era quando il padre nominava tutore al suo figliuol na-

(1) § 3, J. I, 13. — fr. 73, § 1, L, 17. — fr. 1, § 1; fr. 4, XXVI, 2. — Il padre poteva egualmente nel suo testamento nominare un tutore al suo figliuolo postumo, se questo era *sui juris* per la morte del genitore: § 4, J. I, 13.

(2) Fr. 4, XXVI, 2. — fr. 58, § 3, XXVI, 7. — fr. 77, § 3, XXXV, 1.

(3) Fr. 3, XXVI, 2. — const. 2, V, 28. È fuor di dubbio ch'essa poteva egualmente farsi *in testamento parentum inter liberos*. — Euler, *De test. parent. inter lib.* § 70, Berol. 1820.

(4) § 1, 2, 3, J. I, 14. — fr. 8, § 2; fr. 10, § 3, 4, XXVI, 2. — fr. 11, XXVI, 1.

(5) § 27, J. II, 20. — fr. 20, pr.; fr. 30, XXVI, 2. — Haubold, *Diss. de tut. incerto*. Lips. 1790. — Schweitzer, *Diss. ad tit. D. de rebus dubiis*. Lips. 1802, p. 47. — Il fr. 30, XXVI, 2, bassi più compiuto ne' *Vat. Fragm.* § 227.

(6) « Perchè (dice l'Imperatore nel cit. § 27) deve l'uomo con certo giudicio provvedere alla sua posterità nell'ordinar la tutela. » Ed è veramente interesse de' pupilli che non sieno ammessi alla lor tutela uomini incerti ed ignoti, della cui fedeltà, diligenza e costumi non ha potuto il testatore assicurarsi; massime non vi essendo la guarentia della cauzione, dalla quale i tutori testamentarii sono francati. *(Trad.)*

(7) Fr. 1, § 1, XXVI, 3. — *V.* fr. 13, § 12, XXVII, 1.

(8) Fr. 7; fr. 17-19, XXVI, 2. — Caio, I, 200.

(9) Dig. XXVI, 3. — Cod. V, 29. — Gluck, *Comm.* XXIX, 253. — De Buchholtz, *De confirm. tutoribus*. Regiomont. 1833.

(10) Fr. 1, § XXVI, 3.

(11) Fr. 1, § 1, 2; fr. 3, XXVI, 3.

(12) Fr. 7, ibid.

turale, a cui non avea nulla lasciato (1); quando la madre nominava tutore al suo figliuolo instituito erede (2); e parimente quand' ella non lo avesse instituito erede (3) (4).

La conferma era ancor necessaria quando un tutore era dato o da un patrono al suo liberto impubere instituito erede, o da qualunque altro ad un impubere egualmente instituito suo erede; ma in quest' ultimo caso richiedeasi che il fanciullo non avesse altri beni che quelli lasciatigli dal testatore (5). Al magistrato incaricato della confermazion del tutore, s' aspetta il decidere se vi accada o pur no di dar sicurtà. Il magistrato superiore, il qual conferma dopo inquisizione, non richiede mai sicurtà; ma un magistrato municipale è tenuto ad imporla (6).

§. 606. B. *Della tutela legittima* (7).

La tutela legittima si poggia in su questo principio, che il più prossimo erede ab intestato dell' impubere ha insiememente il dritto ed il dovere di amministrarne la tutela (8). Nonpertanto, la madre o l' avola dell' impubere, le quali vogliano incaricarsi della tutela, sono anteposte a tutti i collaterali di quello (9). Più eredi ab intestato, congiunti nello stesso grado con l' impubere, han tutti egualmente il dritto ed il dovere di tenerne la tutela; e quando il più prossimo erede è assolutamente e per sempre incapace, la tutela passa al più prossimo dopo di lui (10). Il tutor legittimo ac-

(1) Fr. 7, ibid.

(2) Fr. 2, ibid. — const. 4, V, 28.

(3) Const. 4, cit.

(4) Ma siffatta parità di dritto in tanta disparità di casi doveva nell' autore almeno ingenerar qualche dubbio. Ed in fatti, il cit. fr. 2 non parla punto d' instituzione di erede, ma si può supplire al suo silenzio col fr. 4 del precedente titolo, il quale assolutamente nega alla madre il dritto di dar tutore ad un figliuolo che non abbia instituito suo erede. Quanto poi alla cit. const. 4, si disputa niente meno se abbia a leggersi affermativamente o negativamente, alcuni sostenendo la confermazione esser da quella richiesta *quando eos hæredes instituerit*, altri *quando non instituerit.* E veramente la prima sentenza, secondo la quale la madre non può dar tutore a' figliuoli se non instituendoli eredi, ed anche in questo caso abbisogna la confermazione, è più ragionevole in se stessa, soprattutto chi consideri come il dritto di dar tutori in testamento era una conseguenza del dritto di potestà paterna, il qual certamente non apparteneva alla madre. Ma la seconda è più conforme a tutto il contesto della detta costituzione, massime a quelle parole: *Nullo vero ex his interveniente etc.*, per le quali è manifesto che una sola cosa ella richiede acciò la nominazion della madre tenga, cioè o ch'essa abbia instituito erede il figliuolo, o che il magistrato abbia data la sua conferma, e sol quando nessuna delle due condizioni vi sia, chi s'ingerisce nella tutela è minacciato: circa al qual punto di litterale interpretazione non so come il Vinnio (sopra il § 5, J. I, 13) abbia potuto sentire il contrario. Ma poichè generalmente oggi nel romano dritto più che l' autorità della legge si cerca quella della ragione, è chiaro che deve anteporsi la più ragionevol sentenza, cioè (per giudicio nostro, contrario a quello dell'autore) che la nomina del tutore fatta dalla madre instituente erede il figliuolo abbisognava di conferma, quella fatta senza la detta instituzione era nulla del tutto. *(Trad.)*

(5) Fr. 4, 5, XXVI, 3.

(6) Fr. 2, pr.; fr. 5, ibid. — § 4, J. I, 24.

(7) Caio, I, 155 e seg. — Ulp. XI, 3 e seg. — Inst. I, 15, 17, 18, 19. — Dig. XXVI, 4. — Cod. V, 30. — Nov. 118, c. 5. — Friesen, *De tutelæ et successionis legitimæ nexu.* Jenæ, 1719. — Schott, *Diss. de tutela legit.* Ultraj. 1723. — Schrœter, *De nexu tutelæ et succ.* Jenæ, 1820. Gluck, *Comm.* 29, 315.

(8) Giusta la regola: « Plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet. » pr. J. I, 17.

(9) Esse però sono obligate di rinunziare al beneficio del Scto Velleiano, e rimaritandosi perdono la tutela: const. 3, V, 35. — Nov. 94. — 118, c. 5.

(10) Fr. 3, § 9, XXVI, 4. — S'egli è impedito per allora, il magistrato nomina un tutore per intanto.

quista *ipso jure* il dritto di tutela, senz'aver bisogno della confermazion del magistrato (1).

§. 607. C. *Della tutela dativa* (2).

La tutela dativa può solamente esser conferita da quel magistrato a cui la legge ne dà espressamente il dritto; ma siffatto diritto fu presso i romani maisempre assai variante (3). Chinnque ha interesse che l'impubere sia tutelato (4), ha dritto di domandare al magistrato che nomini il tutore (5): ma la madre e l'avola del pupillo, che non possano o non vogliano addossarsi la tutela, del pari che i suoi più prossimi eredi ab intestato, sono alla detta instanza obligati, sotto pena di perdere il loro drtto di successione (6), salvochè non abbiano qualche particolare scusa da allegare (7).

§. 608. *Del rapporto ch'è tra queste tre tutele.*

Le dette tre specie di tutela stanno l'una rapporto all'altra come segue:

1. La tutela testamentaria è preferita ad ogni altra (8).

2. Se il tutor testamentario è solo per alcun tempo impedito di far l'officio suo, il magistrato nomina un tutore o un curator temporaneo, per fino a che l'impedimento finisca; dappoichè, fino a quando si può sperare una tutela testamentaria, la legittima è esclusa.

3. Il medesimo ha luogo quando il tutor legittimo è temporalmente impedito (9).

4. Ma se per contrario la tutela testamentaria del tutto non ha luogo, sia che prima dell'accettazione, o che dopo, bisogna distinguere: o il tutore lascia l'officio d'ordine de' magistrati, ed allor questi ne nominano un altro in suo luogo (10); o non havvi intervento di magistrato, ed allor la tutela diventa legittima (11).

5. Se alcun tutore testamentario non è stato nominato, la tutela è primieramente del tutor legittimo (12), e mancando questo, va al tutore nominato dal magistrato (13).

6. Finalmente, se di più tutori testamentarii alcuno vien meno, il magistrato ne nomina un altro in sua vece; se mancano tutti, senza intervento dell'autorità, la tutela s'aspetta al tutore legittimo (14).

§. 609. V. *De' dritti e de' doveri del tutore.*
A. *Nell' accettar la tutela.*

Ogni cittadino, sapendo ch'è chiamato ad una tutela, deve di presente assumerne le funzioni, salvoch'egli non si proponga valersi di qualche sua

(1) Caio, I, 200.

(2) Caio, I, 185 e seg. — Ulp. XI, 18 e seg. — Inst. I, 20. — Dig. XXVI, 5. — Cod. Th. III, 17. — Cod. V, 34. — Ennecio, *Antich.* I, 15, § 9-15. — Gluck, *Comm.* 29, 400.

(3) Fr. 6, § 2, XXVI, 1. — fr. 77, L, 17, e le fonti additate nella precedente nota.

(4) Fr. 2, pr. XXVI, 6.

(5) Dig. XXVI, 1. — Cod. Th. III, 18. — Cod. V, 31. — Gluck, 30, 78.

(6) Fr. 2, § 1, XXVI, 1. — const. 10, VI, 58. — const. 6, VI, 56.

(7) Fr. 2, § 26, 27, 28, 45, 46, XXXVIII, 17. — const. 2, II, 35. — const. 3, VI, 56. — const. 8, V, 31.

(8) Fr. 11, pr. XXVI, 2. — Nov. 118, c. 5.

(9) Per esempio: § 1, J. I, 20. — fr. 11, pr. XXVI, 2. — fr. 10, § 7, XXVII, 1. — § 5, J. I, 23.

(10) Per esempio: fr. 11, § 1, 2, XXVI, 2.

(11) Fr. 11, § 3, ibid.

(12) Pr. J. I, 15.

(13) Pr. J. I, 20.

(14) Fr. 11, § 4, XXVI, 2.

legittima scusa; al qual dovere mancando, egli è tenuto di tutto il danno che al pupillo ne avvenga (1). Il magistrato, che nomina un tutore o pur gli conferma l'ufficio, debbe aver cura di fargli dar sicurtà, per guarentir gl'interessi del pupillo (2); ed il nuovo diritto obbliga pure qualunque tutore a dar giuramento (3).

§. 610. B. *Dopo accettata la tutela.*
1. *Della cura da avere alla educazion del pupillo.*

I dritti e' doveri del tutore, durante l'ufficio suo, sono pel nuovo dritto relativi o alla persona fisica del pupillo, o alla sua persona civile in quanto agli atti giuridici ad esso occorrenti, o finalmente all'amministrazion de' suoi beni. A' doveri della prima specie appartien quello di prender cura del mantenimento e della educazion del pupillo, sotto l'invigilamento del tutore onorario (4) e della pubblica autorità (5). Quando il padre del pupillo non ha determinato quanto s'abbia a spendere in ciò, tal cura è lasciata al magistrato (6), il quale eziandio determina tale spesa allorchè la volontà del padre potrebbe tornare in pregiudicio del figliuolo (7). La persona, appresso della quale il pupillo deve dimorare ed essere allevato, è similmente o designata dal padre, o pur no: nel primo caso, l'educazion del pupillo si lascia alla persona designata (8); nel secondo, essa appartiene alla madre del pupillo, tanto ch'ella non si rimarita. Ma se la madre è morta, o se a' parenti del pupillo sembra pericoloso affidare a lei l'educazion del figliuolo, spetta al magistrato scegliere appresso cui debba il pupillo dimorare ed essere allevato; e cosiffatta elezione obbliga l'eletto a pigliar la tutela (9).

§. 611. 2. *Dell'autorità del tutore* (10).

Il tutore è principalmente destinato in dritto romano a ciò, ch'egli dee difendere il pupillo, *ne indefensum pupillum relinquat*, val quanto dire che egli tien le veci della persona del pupillo o pur la compie con la sua autorità, e così lo protegge contro quelli svantaggi che conseguirebbero alla sua mancante del tutto o almeno incompiuta capacità di contrattare (11). Fintantochè il pupillo è nella infanzia (*infantia*), epperò privo d'ogni volontà per adoperarsi, il tutore tien sue veci in quegli atti giuridici che non possono essere omessi senza suo pregiudizio (*negotia pupilli gerere debet*); ma sittostochè il pupillo è uscito di fanciullo (*infantia major*), e che

(1) Fr. 1, § 1; fr. 7, pr. XXVI, 7. — *V.* fr. 5, § 10; fr. 39, § 6; fr. 58, § 2, ibid. — const. 1, V, 28; 15, V, 62; 1, 3, V, 63.

(2) Caio, I, 199. — Inst. I, 24. — Cod. V, 42.

(3) Nov. 72, c. 8.

(4) Il tutore onorario *(tutor honorarius)* è nel romano dritto quello deputato ad invigilare in sul tutor principale; in sussidio del quale, è anche tenuto per gli effetti dell'amministrazione, e chiamasi altresì *tutor notitiæ causa datus* (a): fr. 3, § 1, 2, XXVI, 7. — fr. 14, § 1, 6, XLVI, 3. — fr. 32, § 1, XXVI, 2.

(5) Dig. XXVII, 2. — Cod. V, 49 e 50. — Gluck, *Comm.* XXX, 217; XXXII, 155 e seg.

(6) Fr. 3, pr. XXVII, 2.

(7) Fr. 2, § 3, ibid.

(8) Fr. 1, § 1, ibid. — *V.* fr. 5, ibid.

(9) Const. 1, 2, V, 49. — Nov. 22, 38.

(10) Inst. I, 21. — Dig. XXVI, 8. — Cod. V, 59. — Gluck, *Comm.* XXX, 424.

(11) Fr. 30, XXVI, 7.

(a) Perchè si davano affinchè instruissero i loro contutori di quelle cose e faccende della tutela che per avventura non sapessero, *quia ad instruendos contutores dantur*: § 6, del cit. fr. 14. Ma il § 1, dello stesso frammento espressamente distingue il tutore onorario dall' informatore, i quali l'autore dice essere stati una cosa. *(Trad.)*

perciò può far da se stesso, il tutore compie la persona impubere e l'ancor debole volontà del pupillo, dando la sua autorizzazione agli atti di lui (*auctoritatem interponere s. auctor fieri debet*) (1). Tale autorizzazione è necessaria:

1. In tutti gli atti co' quali il pupillo si obligà, o che operino un cangiamento nel suo stato (*status*); ma non così ne' casi in cui il pupillo acquisti egli solo de' dritti, senza punto obligarsi (2). L'autorizzazione non data ov'ella è necessaria, fa nullo l'atto di pieno dritto, a pro del pupillo; ch'è quanto dire ch'egli può bene prevalersene per intentare un'azione, ma non può mai esserne convenuto (3): la qual sorta di atti son chiamati *negotia claudicantia*. Quando per contrario l'autorizzazion del tutore vi è stata, l'atto è di stretto dritto obligatorio pel pupillo, il qual però può dimandar la restituzione in integro (*restitutio in integrum*), quando ha sofferto lesione (4).

2. Qualunque tutore, anche l'onorario, ha il dritto d'interporre la sua autorità (5).

3. Il tutor medesimo o una persona di quelle soggette alla sua potestà, che conchiuda un atto col pupillo, non può a tale effetto interporre la sua autorità, *tutor in rem suam auctor esse non potest*; ma bisogna in tal caso, se il pupillo non ha nè curatore nè tutore onorario, nominargli un curatore il quale dia suo consenso all'atto (6).

4. La forma dell'autorizzazion del tutore richiede ch'egli sia presente all'atto, e che vi consenta subito, a bocca (7), senza esservi sforzato (8), e senza restrignerla con condizioni (9). La mancanza di uno di questi requisiti fa l'autorizzazione nulla (10).

§. 612. *De' protutori.*

Colui che, non essendo tutore, fa degli atti di tutela, è generalmente chiamato *protutor* o *falsus tutor*. Ma in più stretto senso havvi una differenza tra questi due nomi. Perciocchè chi, senza esser tutore, s' addossa l'amministrazion de' beni di un pupillo, dicesi *protutor*, *id est qui pro tutore negotia gerit* (11): egli è soggetto a' doveri medesimi del vero tutore,

(1) § 9, 10, J. III, 20. — fr. 1, § 2; fr. 2, pr. XXVI, 7. — fr. 189, L, 17. — fr. 10, XXII, 6. — const. 18, § 2, VI, 30. Ma qui si tratta sol di un *pupillo*, cioè di un impubere *sui juris*, sottoposto a tutela; fr. 239, L, 16: perchè un impubere ancor soggetto alla potestà paterna, è al tutto incapace di fare un atto giuridico per se medesimo; § 10, J. cit. « Qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur. » Fr. 141, § 2, XLV, 1. — Può veramente il padre di famiglia dargli ordine (*jussus*), siccome ad ogni altro, anche pubere, sottostante alla sua potestà, di fare alcun atto; ma solo il padre in tal caso diventa obligato: fr. 8, § 1; fr. 25, § 4, XXXIX, 2. — fr. 1, § 4, XIV, 1. — fr. 7, § 2, XIV, 2.

(2) Pr. § 1, J. I, 21. — fr. 9, XXVI, 8.

(3) Pr. J. cit. — fr. 13, § 29, pr. XIX, 1.

(4) Fr. 16, pr. IV, 4. — const. 2, II, 25.

(5) Fr. 49, XXIX, 2. — fr. 14, § 1, 6, XLVI, 3. Circa l'autorizzazion del pupillo avente più tutori, v. la const. 5, V, 59, comparata co' fr. 4; 5, § 2, XXVI, 8; 14, § 1, 2; 100, XLVI, 3.

(6) § 3, J. I, 21. — fr. 1, § 13, XXXVI, 1. — fr. 15, pr. § 2; fr. 18, XXVI, 8. — const. 5, IV, 38. — Nov. 72, c. 2. — Ma se il tutore non avesse interesse nell'atto, se non solamente per le conseguenze di esso (*per consequentias*), può dare la sua autorizzazione: fr. 1, pr. fr. 7, pr. § 2, XXVI, 8.

(7) § 2, J. I, 21. — fr. 9, § 5, XXVI, 8.

(8) Fr. 1, § 1; fr. 17, ibid.

(9) Fr. 8, ibid.

(10) Fr. 2, ibid. — § 2, J. I, 21.

(11) Dig. XXVII, 5. — Cod. V, 45. — Grassi, *Delibata ex materia juris protutorum*. Tubing. 1704. — Gluck, *Comm.* XXXII, 293, 341. — Rœsler, *De protutore*. Heidelb. 1834.

se opera *animo tutoris*; ma il pupillo può dimandar che sia levato via, se è dimostrato ch'egli non è realmente tutore (1). Per opposto, chi non essendo tutore interpone la sua autorizzazione in un atto del pupillo, è propriamente il *falsus tutor* (2): e quant'è al pupillo, tale atto dev' esser risguardato come se concluso senza tutore, nè valido sarà se non quanto il possono esser gli atti da' pupilli fatti senza autorizzazione (3).

§. 613. VI. *Della fine della tutela.*
A. *Di pieno dritto.*

La tutela termina di pieno dritto;

1. Quando il pupillo o divien pubere, o muore, o soggiace ad un mutamento di stato (4).
2. Quando il tutore perde o la vita, o la libertà, o la cittadinanza (5).
3. Quando il tutor testamentario è stato nominato sol fino al compimento di un certo tempo o di una condizione, compiuto il termine o pur la condizione, egli esce di ufficio (6).
4. Finalmente, quando la madre o l'avola, tutrice de' suoi figliuoli o nipoti, si rimarita (7).

§. 614. B. *Giudizialmente.*

La tutela ha fine per disposizion del giudice:

1. A dimanda del tutore, il quale si valga di una cagion di scusa che lo liberi da una tutela già accettata.
2. A mal grado del tutore, quando non adempiendo egli i suoi doveri con la debita fede, o pur dando cagione di temer che non li adempia (*tutor suspectus*), la sua rimozione diventa necessaria o almen salutare al pupillo (8).

CAPITOLO II.

DELLA CURA.

§. 615. I. *Nozione* (9).

La cura (*cura s. curatio*) è un carico imposto dal magistrato a taluno, di amministrare i beni di chi per particolari motivi è o pure è risguardato siccome incapace di amministrarli egli stesso (10). Colui, al quale tal cura si dà, chiamasi *curatore*; e differisce essenzialmente dal tutore in ciò, che

(1) Fr. 4, XXVII, 5.— fr. 1, § 3, ibid.

(2) Dig. XXVII, 6. —*Fragm. Vat.* § 1.

(3) Pr. J. I, 21.

(4) Pr. § 1, 3, 4, J. I, 22. — fr. 4, pr. XXVII, 3. — fr. 13, pr. § 1, XXVI, 1.— const. 1, 3, V, 60.

(5) § 4, J. I, 22. — fr. 14, § 3, 5, XXVI, 1.

(6) § 2, 5, J. I, 22. — fr. 14, § 3, 5, XXVI, 1.

(7) Const. 2, 3, V, 35. — Nov. 94, c. 2. — Nov. 118, c. 5.

(8) § 6, J. I, 22. — Inst. I, 26. — Dig. XXVI, 10.—Cod. V, 43.— Doneau, Comm. III, 10, 16. — Vollenhove, *De susp. tut. et curat.* In Oebrichs. — D' Hauw, *Diss. de susp. tut. et cur.* Brug. 1825.—Gluck, *Comm.* XXXI, 41.

(9) *V.* gli scritti citati sotto il § 600.

(10) Essa differisce dalla procura, in quanto ch'è conferita dal magistrato, ed il più delle volte a mal grado della persona sottopostavi; dovechè la procura è volontariamente data da colui che incarica un altro della cura de' suoi negozi e del maneggio della sua sostanza.

egli è semplice amministrator de' beni, contuttochè rispetto a questa amministrazione gli stessi principj s'applichino ad ambidue (1).

§. 616. II. *Division della cura.*

In ordine alla sua estensione, la cura si divide:

1. In cura *perfetta* ed *imperfetta* (*cura plena et minus plena*), secondo ch'essa include un dritto pieno ed intero di amministrare, o solamente il dritto di custodire i beni (*custodia bonorum*) unito a quello di alienar le cose che non si mantengano (2).

2. In cura *personale* e *reale* (*cura personalis et cura bonorum s. realis*): la prima è sol relativa al ben essere ed a' personali bisogni di colui ch'è sotto governo, com' a dir la cura di un pazzo, d'un portato (*cura furiosi*, *cura ventris*); la seconda invece non d'altro s' occupa che del maneggio de' beni. Allato a queste due specie di cura se ne presenta una terza, chiamata *mista* (*cura mixta*), la qual riunisce in se le funzioni di tutt'e due l'altre (3).

3. In cura *generale* e *particolare*; l'una abbracciante tutti i beni del governato, l'altra taluni suoi negozi particolari (*curator ad hoc*), per esempio *ad litem*, *ad dotem constituendam*, *ad alimenta praestanda* (4).

4. In cura *volontaria* e *necessaria*: la prima è conferita a petizion di quel medesimo che vi deve star sotto, la seconda invece è data o contra o senza suo grado. Uno esempio della cura volontaria è quella de'*minori* appresso i Romani.

§. 617. III. *Della incapacità e delle scuse de' curatori.*

Il curatore dev'esser capace d' incaricarsi d' una cura; e quando tal sia, egli è obligato di accettarla, se non ha una scusa che valga. Vuolsi a' curatori applicar quello stesso che ne' §§ 602-608 abbiam detto della incapacità e delle scusazioni de' tutori: basterà qui notare, che la madre e l'avola avendo il dritto di pigliar la tutela de' lor figliuoli e nipoti minori, non hanno quello di assumerne la cura (5); che il marito nè il fidanzato non possono esser fatti curatori della moglie o fidanzata scimunita (6); e che il tutor d'un pupillo, al finir di sua tutela, non è tenuto di accettar la cura del medesimo (7).

§. 618. IV. *Dell'ordinamento della cura.*

Pel dritto romano nuovo, ogni cura si fonda, rispetto alla sua origine, sopra un ordine del magistrato (8). Questo però deve, nel nominare un curatore, aver risguardo alla persona nel testamento designata dal padre o dalla madre, e confermarla quando altri impedimenti non vi sieno. In mancanza di persona nominata nel testamento, uopo è aver riguardo a'più prossimi parenti. Lo stesso magistrato che nomina i tutori, può altresì conferire la cura (9).

(1) Perciò il fr. 13, pr. XXVII, 1, dice: « In paucissimis distant curatores a tutoribus. »

(2) Fr. 48, XXVI, 7. — fr. 1, § 17-24, XXXVII, 9.

(3) Fr. 7, pr. XXVII, 10.

(4) § 2, J. I, 23. — const. 3, V, 44; 28, 12. — fr. 6, XXVII, 2.

(5) La Nov. 94 par veramente opposta, ma non è.

(6) Fr. 14, XXVII, 10. — const. 2, V, 34. — fr. 1, § 5, XXVII, 1.

(7) § 18, J. I, 25.

(8) Il vecchio dritto ci parla di una cura *legittima* de' furiosi e de' prodighi, già mentovata nelle Dodici Tavole. — Ulpiano, XII, 2. — § 1, 3, J. I, 23.

(9) § 1, J. I, 23. — *V.* la const. 7, § 5, V, 70.

§. 619. V. *Delle specie della cura.*
A. *Della cura de' pazzi e de' mentecatti.*

I pazzi e le altre persone prive di senno, che non più sono sotto la potestà paterna nè sotto tutela, debbono ricevere un curatore (1). La cura de' pazzi era la sola legittima nel vecchio dritto, ed apparteneva a' più prossimi agnali ed a' gentilizi (*gentiles*) del pazzo (2): il dritto nuovo l'ha estesa ad altre persone che per manco di senno non possono maneggiare esse stesse la propria sostanza (*mente capti*, *fatui*, *dementes*). Ma essa è poi divenuta dativa in tutti i casi (3): con questo però, che il magistrato non può, senza particolar motivo, respinger dalla cura colui ch' è stato designato nel testamento paterno, e in mancanza di un tale, i più prossimi congiunti del dissennato (4).

Il curatore deve non solamente dare opera al maneggio de' beni, ma eziandio al ristabilimento della sanità del pazzo o mentecatto (5). Se questi ha de' lucidi intervalli, le funzioni del curatore sono sospese in quel mezzo, e cessano poi del tutto, sittostochè la pazzia o mentecattaggine è totalmente sparita (6).

§. 620. B. *Della cura de' prodighi.*

Quant'è al maneggio de' suoi beni, il prodigo (*prodigus*) è pareggiato al matto. In dritto però non si risguarda siccome prodigo se non quello al quale il magistrato, dopo inquisizione, ha interdetto il maneggio de' suoi beni (*cui bonis interdictum est*) (7). Nel vecchio dritto l'amministrazion de' suoi beni s'aspettava in tal caso a' suoi agnati e gentilizi: il nuovo dritto vuole che un curatore gli sia nominato dal magistrato, il quale è nella sua scelta obligato ad aver risguardo a' più prossimi parenti (8). Il prodigo può liberamente disporre di sua persona, ma de' suoi beni non può disporre senza il consenso del curatore, salvo quando il negozio da lui concluso gli desse de' dritti senza imporgli alcuna obligazione (9). La cura del prodigo non finisce, se non quando il magistrato leva l'interdizione e gli restituisce l'amministrazion de' suoi beni (10).

§. 621. C. *Della cura de' pupilli.*

Per regola generale i pupilli non ricevon curatore, perciocch' essi hanno

(1) Fr. 3, pr. § 1, XXVI, 1. — Dig. XXVII, 10. — Cod. V, 70. — Gluck, *Com.* XXXIII, 1390-98.

(2) Cicerone, *De Inventione*, II, 50: «ad agnatos gentilesque deducendus est.» — Varrone, *De re rust*, I, 2. — Ulpiano, XII, 2.

(3) § 3, 4, J. I, 23. — fr. 1, pr. XXVII, 10. — const. 1, V, 70. — fr. 1, § 11; 2, III, 1.

(4) Fr. 16, XXVII, 10. — const. 7, § 5, 6, V, 70. — const. 27, I, 4. — fr. 2, 4, XXVII, 10.

(5) Fr. 7, pr. ibid.

(6) Fr. 1, pr. ibid. — const. 6, V, 70. — const. 5, VI, 36.

(7) Ulp. XII, 2. — Paolo, III, 4, A, § 7, dà la formola della interdizione: «Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.» — Wæl, *Diss. de prodigis.* Groen. 1806. — Wicherlinck, *De cura prodigorum.* L.-B. 1821.

(8) Cicer. *De Invent.* II, 50. — Ulp. XII, 2. — § 3, J. I, 23. — fr. 1. pr. § 1; fr. 15, XXVII, 10. — *V.* Dirksen, *Sopra le 12 Tav.* p. 379 e seg. — Quando un padre nel suo testamento dichiara il figliuol suo prodigo e gli nomina un curatore, il magistrato è tenuto a confermare il nominato: fr 16, § 1-3, ibid.

(9) Fr. 10, pr. XXVII, 10. — const. 3, II, 22. — fr. 26, XVIII, 1. — fr. 6, XLV, 1. — fr. 9, § 7, XII, 1. — fr. 5, § 1, XXIX, 2.

(10) V'ha di quelli che sentono altramente, a cagion del fr. 1, pr. XXVII, 10. — Ma *v.* Voel, *Ad Pand.* ibid. § 7.

un tutore incaricato, tra le altre cose, di amministrare appunto i loro beni (1). Nondimeno questa regola è soggetta alle seguenti eccezioni:

1. Quando il pupillo ha da concludere un atto giuridico col suo tutore, o è in lite con esso (2), o pur vi sono altre pretensioni fra loro (3).
2. Quando taluni beni richieggono un'amministrazion particolare, per cagion di loro lontananza (4).
3. Quando il tutore per qualche impedimento temporaneo non può subito entrare in officio, ovvero glien è sospeso l'esercizio (5), o pure ei lo dismette per un certo tempo, perchè assente per servigio dello Stato (6).
4. Quand'egli produce una scusa, o quand'è accusato come sospetto (7).

In tutti questi casi il pupillo riceve un curatore; e solamente in occorrenza di tale atto giuridico, al quale il pupillo debba di necessità dare opera egli proprio, gli si dà un tutore speciale per compiere la sua civil capacità, quando il suo tutore ordinario sia temporalmente impedito. Cosiffatto tutore, per una eccezione alla regola, gli è dato *ad certam causam*; per esempio, per accettare una successione lasciatagli con un testamento, il quale nomini nello stesso tempo un tutore al pupillo (8). Del resto, la cura de' pupilli cessa insieme con la causa che l'ha fatta ordinare (9).

§. 622. D. *Della cura de' minori.*
1. *Di quando accada* (10).

L'uomo di sua ragione e giunto alla pubertà (*sui juris et puber*), sebbene ancor minore, può generalmente da sè solo far validamente tutti gli atti giuridici: egli amministra da sè medesimo i suoi beni, nè la sola sua giovane età può esser cagione bastante a fargli levar siffatta amministrazione per affidarla ad un curatore (11). Solo in taluni casi particolari, per eccezione, il minore riceve un curatore, acciò questo protegga i suoi interessi negli atti giuridici di maggior momento. Tal è quando il minore intenta un'azione (12); quand'egli riceve un pagamento dal suo debitore (13); quando il tutore ha da rendergli conto della sua amministrazione (14). Da questi casi in poi, il minore non riceve curatore altrochè quando egli stesso ne chiegga uno al magistrato (15); ma voluto ch'ei l'abbia, deve tenerlo fino alla sua maggiore età (16) (17).

(1) § 5, J. I, 23. — fr. 11, XXVI, 5.
(2) § 3, J. I, 21.
(3) Nov. 72, c. 2.
(4) Fr. 10, § 4; fr. 19; fr. 21, § 2, XXVII, 1. — const. 11, V, 62.
(5) Fr. 10, § 7, 8; fr. 12, ibid.
(6) Fr. 15, XXVI, 5.
(7) Fr. 17, § 1, XLIX, 1. — § 7, J. I, 26.
(8) Fr. 17, § 1, XLIX, 1. — fr. XXVI, 8. — fr. 9, 13, pr. XXVI, 5.
(9) Per es: § 3, J. I, 21. — fr. 10, § 8, XXVII, 1.
(10) Della storia di questa materia, vedi Huber, *Digressiones*, III, 17. — Hetzer, *Ad Legem Lætoriam (meglio Plætoriam)*; in Fellenberg, *Jurisp. antej.* II, 21. — Hœpfner, *De lege Læt. et cura minorum.* Grissæ, 1778. — Van Bœlen, *Diss. de L. Læt. et const. D. Marci de cura minorum.* Grœn. 1828. — Gluck, *Comm.* XXIX, 473; XXX, 3.
(11) § 2, J. I, 23. — fr. 13, § 2, XXVI, 5.
(12) § 2 cit. — const. 1, V, 31; 11, V, 34.
(13) Fr. 7, § 2; fr. 27, § 1, 2; fr. 32, IV, 4.
(14) Const. 7, V, 31. — *V.* fr. 5, § 5, XXVI, 7.
(15) Pr. J. I, 23, comp. col § ibid. — fr. 13, § 2, XXVI, 5. — fr. 2, § 4, 5, XXVI, 6. — fr. 43, § 3, III, 2. — const. 6, V, 31.
(16) § 1, § 3, IV, 4.
(17) Il § 2, J. I, 22, dove l'Imperatore, dopo aver detto nel proemio del titolo: « Masculi quidem puberes et feminæ viri potentes usque ad XXV annum completum curatores accipiunt; » dice: « Inviti adolescentes curatores non accipiunt; » ha dato tanto da ragionare e da contendere a' giureconsulti, alcuni sostenendo la libertà degli adolescenti, altri la lor necessaria soggezione a curatori, che riandar tutto sarebbe in questo luo-

§. 623. 2. *De' suoi effetti.*

Contuttochè il minore abbia chiesto ed avuto un curatore per amministrare i suoi beni, egli conserva il dritto di obligar la sua persona e le sostanze sue con convenzioni ed altri atti della vita civile, anche senza il consentimento di quello (1). Un atto cosiffatto non è mai nullo di pieno dritto, sol perchè sfornito del consenso del curatore; ma il minore ha facoltà, se tale atto gli rechi pregiudicio, di domandar di esserne rintegrato *(restitutio in integrum)* per cagion di sua minore età: la qual rintegrazione, per altro, gli è data anche quando il curatore avesse acconsentito (2). Ma quand'egli vuol vendere, impegnare o ipotecar suoi beni (3), o far qualunque di quegli atti pe' quali ogni minore ha bisogno di un curatore per ordine espresso della legge (§ 622), alla validità di tale atto si richiede il consenso del curatore. Mancando questo consenso, l'atto è nullo di pieno dritto in pro del minore, senza bisogno di reintegrazione: ma se il curatore ha consentito, l'atto in dritto stretto obliga il minore, e nondimeno egli può, se leso, invocar la restituzione in intero (4).

§. 624. 3. *Della sua fine.*

La cura de' minori ha fine:
1. Con la morte del minore o del curatore (5)
2. Con qualunque mutamento dello stato del minore, e col massimo o mezzano di quello del curatore (6).
3. Arrivando il minore alla maggiore età, o pure ottenendo una dispensazione di età *(venia aetatis)* (7)
4. Per una scusa prodotta dal curatore, la quale valga a disgravarlo della cura.
5. Per sospetto, che s' abbia del curatore (8).

go impossibile. Basti il ricordar la sentenza che più probabile e ragionevole a noi sembra, la quale è quella di Ennecio, nelle postille a Vinnio; non essersi appo i Romani, neppur dopo la famosa costituzion di Marco, usato di dar curatori a' giovanetti contro volere, sibbene a lor richiesta; essersi però trovato modo che tutti il dovessero chiedere, ordinando che non s' intendesse finita la tutela, se prima il tutelato non avesse chiesto curatore; la quale aggirata essersi creduta necessaria per la volgare opinione che nella cura fosse alcun che d'ignominioso pel minore che vi fosse soggettato; e sebbene si trovi memoria di giovanetti senza curatori, esser questa cosa di fatto, non punto di dritto, appunto come si dee certamente dire de' fanciulli senza tutori, i quali similmente si trovano mentovati. E veramente non si può quasi in modo alcuno immaginare che i Romani avessero voluto per regola generale dare a fanciulli di quattordici anni il libero maneggio della propria facoltà, quandochè, siccome lo stesso Imperatore afferma nel citato proemio, *licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint.* *(Trad.)*

(1) Fr. 101, XLV, 1.—fr. 20, § 1, XXIV, 3, comp. col fr. 43, XLIV, 7.—fr. 16, pr. IV, 4.—fr. 3, § 2, XIV, 6.—fr. 2, § 1, L, 12.—const. 12, VI, 30.—V. particolarmente Hœpfner, Comm. § 737, nota 1.

(2) Fr. 1; fr. 29, pr.; fr. 47, IV, 4.—const. 3, 4, 5, II, 22.—Cod. II, 25.

(3) Const. 3, II, 22. Il curatore, alienando gli stabili del minore e le cose pareggiate agli stabili, è sottoposto alle stesse disposizioni di legge fatte pel tutore alienante i beni del pupillo: fr. 1, XXVII, 9.

(4) Fr. 7, § 2; fr. 32, IV, 4.—const. 11, V, 34.—const. 2, II, 25.

(5) Arg. § 3, J. I, 22.

(6) Arg. § 1, 4, ibid.

(7) Pr. J. I, 23.—const. 2, II, 45.—*V.* sopra, il § 131, note.

(8) Arg. § 6, J. I, 22.

6. Finalmente, per lo compimento del termine, della condizione, o del negozio, se il curatore è stato nominato *ad diem*, *ad conditionem*, o *ad certam causam* (1).

§. 625. E. *Della cura degli infermi.*

Le persone *inferme*, cioè quelle travagliate da infermità perpetua, o pur cadute in qualche lunga malattia, le quali perciò non sieno in istato di amministrar da sè le loro sostanze, possono ricevere un curatore; ma generalmente debbono esse domandarlo, nè lo tengono oltre a quel tempo ch'egli è loro necessario (2).

§. 626. F. *Di alcune altre amministrazioni di beni.*

Finalmente, il romano dritto parla altresì delle seguenti amministrazioni di beni:

1.° La cura de' beni di un debitore, infra' creditori del quale siasi aperto il concorso (3).

2. La cura *ventris et bonorum*, la quale ha luogo quando alla morte del marito la moglie trovisi incinta, ed ha per fine d' invigilare a' bisogni personali della donna ed all' amministrazion de' beni che appartener dovranno al figliuolo conceputo (4).

3. La cura de' beni *ex edicto carboniano*, la qual è data quando alcuno contraddice al figliuolo impubère del defunto, il qual si trovi in possesso della successione, il suo diritto, allegando ch' egli non è stato procreato da quello. Il figliuolo in tal caso non è protetto nel possedimento della successione, se non quando egli dia le sicurtà necessarie; il che facendo, il suo tutore conserva l' amministrazione: ma se per contrario egli non dà malleveria, l'amministrazione è trasferita ad un curatore, ed il processo relativo alla successione è sospeso infino alla sua pubertà (5).

4. La cura di una eredità giacente *(cura hereditatis jacentis)*, ossia l' amministrazion di una successione, la quale l' erede non abbia ancor dichiarato se voglia accettare o ripudiare (6).

5. La cura de' beni di un' assente *(cura bonorum absentis)*, cioè l' amministrazion de' beni di colui ch' è sparito senza lasciare alcun procuratore (7).

CAPITOLO III.

DELL' AMMINISTRAZION DEL TUTORE E DEL CURATORE.

§. 627. I. *Doveri de' tutori e curatori nell' entrare in officio.*

Il tutore ed il curatore hanno il dritto ed il dovere di amministrare i beni confidati alle lor cure (8). Di che, qualunque tutore o curatore, anche

(1) Arg. § 2, 5, ibid. — § 3, J. I, 121. — fr. 10, § 8, XXVII, 1.

(2) § 4, J. I, 23.—fr. 2, XXVII, 10.

(3) Fr. 2, pr. XLII, 7.

(4) Fr. 1, § 17-24, XXXVII, 9. — fr. 20, pr. XXVI, 5. — fr. 8, XXVII, 10. — fr. 48, XXVI, 7.

(5) D. XXXVIII, 10.

(6) Fr. 3, XXVI, 10. — fr. 1, § 4 in fine, L, 4. — fr. 22, § 1, XLII, 5.

(7) Fr. 1, § 4, L, 4.—fr. 22, § 1, XLII, 5. — fr. 15, pr. IV, 6. — const. 3, VIII, 51.—Schorch, *Meditat. in quibus præcipua capita doctrinæ de cura bon. absentis examinantur*. Lips. et Frcf. 1761.—Metz, *Selecta capita doctrinæ de cura bonor. absentis*. Marb. 1785.

(8) Dig. XXVI, 7. — C. Th. III, 19. — Cod. V, 37, 38, 55. — Doneau, *Comm.* XV, 18-22. — Gluck, *Comm.* XXX, 1328-36.

la madre che prenda la tutela de' suoi figliuoli, è tenuto nell'entrare in ufficio a fare un inventario de' beni del pupillo, salvochè colui dal quale il minore ha redato i beni, o che sia il padre, o che qualsiasi altro, non abbia espressamente vietato di fare inventario. Vero è che il padre del pupillo non può fare un tal divieto, se non quando egli abbia a lui lasciata qualche cosa (1). Il tutore o curatore che non faccia inventario, non solamente è tenuto per tutti i danni che derivassero da siffatta omissione, ma può anche, secondo le circostanze, esser rimosso come sospetto (2).

§. 628. II. *Durante l' amministrazione.*

Il tutore ed il curatore, amministrando i beni del pupillo, sono tenuti:

1. Di prender tutte le cure necessarie per conservarli, aumentarli, e trarne profitto (3). Ondechè sono essi obligati di avere all' amministrazion di questi beni la cura medesima che a quella de' loro propri; epperò son tenuti di tutto il danno risultante dalla omissione di tal dovere (4), ma non già delle colpe del loro predecessore, nè del danno fortuito (5).

2. I beni del pupillo debbono, per quanto è possibile, sopperire al pagamento di tutte le spese, segnatamente a quelle occorrenti per la educazione, ed alla soddisfazione de' debiti (6): ma non se ne può fare alcun dono, il quale non sia indispensabile, se per avventura non fosse per alimentare i fratelli e sorelle indigenti del pupillo (7).

3. Quant' è all' alienazione de' beni del pupillo (8), debbono i tutori e curatori adempiere le seguenti prescrizioni:

a) Sono essi, non che autorizzati, obligati di alienar le cose che non si mantengono, sotto pena di pagare il danno (9).

b) Gli immobili per contrario, e quelle cose mobili le quali si mantengono, non possono generalmente alienarsi o impegnarsi, se non quando sia indispensabile per pagar de' debiti urgenti (10), e quando il magistrato, dopo inchiesta del vero, ne abbia dato il permesso (11). Sono nondimeno ec-

(1) Const. ult. § 1, V, 51, comp. con la const. 22, V, 37. — Nov. 117, c. 1.

(2) Fr. 1, § 1; fr. 7, pr. XXVI, 7. — const. 24, V, 37.

(3) Fr. 5, pr. fr. 7, § 3; fr. 13, § 1; fr. 15; fr. 32, § 1, 2; fr. 46, § 7, XXVI, 7. — const. 22, 24, V, 37. — Cod. V, 56. — Nov. 72, c. 6-8. — Il tutore può egli dare a pigione o a fitto i beni del pupillo per oltre alla durata della tutela? — Qual è il pericolo del tutore, rispetto a' crediti compresi nella facultà del pupillo? — Qual è l' obbligazion de' tutori circa al dare ad interesse i capitali del minore? — Il tutore non può secretamente impiegare i capitali del pupillo a vantaggio suo proprio; altrimenti, ne dovrà pagare il più alto interesse: fr. 7, § 4-13; fr. 54, XXVI, 7. — fr. 38, III, 5. — Ma gli è permesso torre in prestito delle somme appartenenti al pupillo, pagandone un interesse: fr. 9, § 7, XXVI, 7. — Quando nel suo entrare in ufficio il tutore ha trovato de' capitali già prestati, e ch' egli non abbia negletto alcun mezzo per riscuoterli, non è tenuto che della colpa grave: fr. 15, 35, 39, § 14, XXVI, 7. — const. 2, V, 51.

(4) Fr. 1, pr. XXVII, 3. — *V.* fr. 10; fr. 33, pr. XXVI, 7. — const. 7, V, 51. — Lœhr, *Teoria della colpa*, p. 168. — Hasse, *Della colpa*, § 71-75 e nell'append. p. 601. — Del caso in cui più tutori amministrino, *v.* fr. 3, 4, 55 pr. XXVI, 7. — const. 2, V, 52.

(5) Const. 4, V, 38. — *V.* però fr. 37, § 1, III, 5. — fr. 35, XII, 1. — fr. 4, XXVII, 8.

(6) Fr. 9, § 5; fr. 13, § 2, XXVI, 7. — const. 1, 2, V, 50.

(7) Fr. 22; fr. 46, § 7; fr. 12, § 3, XXVI, 7. — fr. 12, § 3; fr. 13, § 2, ibid. — fr 1, § 4, 5, XXVII, 3.

(8) Dig. XXVII, 9. — Cod. V, 71-74. — Haubold, *Hist. jur. civ. rom. de rebus eorum qui sub tut. vel cura sunt, sine decreto non alienandis*. Lips. 1798. — Gluck, *Comm.* XXIII, 1381; XXXIII, 1382-89.

(9) Const. 22 in fine, V, 37. — *V.* const. 28, § 5, ibid. — const. 4, V, 72. — fr. 7, § 1, XXVI, 7.

(10) Fr. 5, § 14, XXVII, 9. — const. 12, V, 71.

(11) Const. 22, V, 37. — const. 13, V, 71.

cettuati i seguenti casi: quando il padre del pupillo ha nel suo testamento permessa l'alienazion di una cosa; quando il principe l'ha autorizzata con suo rescritto (1); quando un terzo ha dritto di esigerla (2); quando il tutore dà una cosa già impegnata altrui, per pegno a chi fornisce di che pagare il primo creditor sopra quella, sì veramente che le condizioni di questo nuovo pegno non sieno più svantaggiose di quelle del primo (3); quand'egli vende la cosa impegnata al pupillo (4); quando fa de' pagamenti, prestiti, o acquisti (5); finalmente, quand'ei deve dare una sicurtà giudiziale per lo stesso pupillo (6). Ogni altra alienazione fatta senz'autorizzazion della giustizia è nulla (7), ed il minore può farla dichiarar tale, purchè provi il vizio occorso nella forma (8); il che riuscendogli, non è tenuto inverso il terzo acquistatore se non per quanto egli stesso abbia profittato (9). La nullità derivante dalla mancanza dell'autorità del magistrato cessa, quando il minore fatto maggiore ratifica l'alienazione, o quando, essendo questa onerosa, ei non la oppugna nello spazio di cinque anni: perciocchè, quanto a donazioni, il minore nè il suo curatore non possono farne, neppur con l'autorizzazione della giustizia; epperò colui, al quale sieno fatte, per potere posseder le cose come irrevocabilmente sue proprie ha bisogno della prescrizione ordinaria, la qual comincia solamente dal momento che il minore ha toccata la sua maggiore età (10).

§. 629. III. *Uscendo di ufficio.*

Al finir della tutela o cura, il tutore ed il curatore sono obbligati di render conto della loro amministrazione (11). Il padre del pupillo nè il principe non possono da tale obligo prosciogliergli; ma solo il pupillo medesimo, uscito ch'ei sia della tutela o cura (12). Un curatore ha da assistere il pupillo, il qual riceve egli stesso il conto della sua tutela (13). L'inventario dev'esser la base del rendimento del conto; e debbonsi in questo esattamente specificar gli introiti e le spese, delle più rilevanti tra queste presentando ricevuta. Dopo chiuso il conto, il tutore o curatore deve restituire il restante de' beni amministrati, e soprastando, anche gl'interessi dal dì della chiusura. Il pupillo, il minore ed il pazzo hanno una legale ipoteca in su tutti i beni del lor tutore o governatore, per sicurezza di lor fedele amministrazione, della restituzion de' beni, e del pagamento de' danni ed interessi inerenti all'ufficio loro: il quale dritto non hanno similmente i prodighi, gli infermi e gli assenti (14). Vuolsi altresì notare ch'è vietato al tutore, sotto

(1) Fr. 1, § 2, 3; fr. 14, XXVII, 9. — const. 2, 3, V, 72.
(2) Fr. 1, § 2; fr. 5, § 6, XXVII, 9.— const. 2, 15, 17, V, 71.—const. 1, V, 72.
(3) Fr. 7, § 5, 6, XXVII, 9.
(4) Fr. 5, § 3, ibid.
(5) Const. 23, 24, V, 37.
(6) Const. ult. § 3, ibid.
(7) Const. 14, 15, 16, ibid.—fr. 5, § 15, XXVII, 9. — Cod. V, 73.
(8) Fr. 1, § 2; fr. 5, § 15, ibid. — const. 1, V, 73. — Arg. fr. 5, § 1, XXII, 3. — Il fr. 13, § 2, VI, 2, non è contrario.
(9) Const. 10, 16, V, 71.—const. 16, V, 37. — fr. 10, XXVII, 9.
(10) Const. 2, 3, V, 74. Gli autori spiegano per diversi modi la citata const. 3. V. De Weyhe, *Comm. de tempore præscriptionis ex alienatione rerum quæ minorum sunt.* Gœtt. 1810. – Unterholzner, *Della prescriz.* t. 2, p. 43.
(11) Dig. XXVII, 3. In dritto romano il tutore ed il curatore non debbono render conto se non quando il loro ufficio cessa: fr. 4, pr. ibid. — const. 14, V, 37.
(12) Fr. 9; fr. 20, § 1; fr. 28, § 4; fr. 31, § 2, XXXIV, 3.
(13) § 2, J. I, 23.—fr. 9, § 4, XXVII, 3. — V. sopra, § 622.
(14) Const. 20, V, 37.— const. un. § 1, V, 13.— const. 7, § 5, V, 70.—Nov. 118, c. 5 in fine.

pena di falso, concluder contratto alcuno col fisco prima di aver renduti i suoi conti (1).

§. 630. IV. *Delle azioni resultanti dall'amministrazione.*

L'amministrazion di una tutela produce infra 'l pupillo ed il tutore:

1. Una obligazione *quasi ex contractu* (§ 497). La legge dà per questo al pupillo l'azion diretta di tutela (*actio tutelae directa*), mediante la quali egli richiede il tutore per la esecuzion de' suoi obblighi, soprattutto in quanto al maneggio de' beni: ed il tutore dal suo canto ha l'azion contraria di tutela (*actio tutelae contraria*), per dimandar la restituzione di quanto egli, durante l'ufficio, avesse speso del suo per lo meglio del pupillo (2). Per analogia, la prima delle due dette azioni è utilmente data (*utiliter*) avverso il curatore, del pari che la seconda avverso il minore (3). Il pupillo ha contro al protutore l'azione *protutelae directa*, come pur questi contro al pupillo l'azione *protutelae contraria* (4).

2. Il tutore ovvero il curatore il quale abbia sottratto alcuna cosa de' beni del suo pupillo, può esser perseguitato con l'azione *de distrahendis rationibus*; la qual è un'azione penale, tendente a far restituire il doppio di ciò ch'è stato sottratto (5).

(1) Fr. 1, § 9-12, XLVIII, 10.—fr. 49, XIX, 2.—const. un. V, 41.

(2) § 2, J. III, 28.—Dig. XXVII, 3 e 4.—Cod. V, 51-54.—Gluck, *Comm.* XXXIII, p. 174 e seg.

(3) Fr. 1, § 2, XXVII, 4.—fr. 16, § 1, XXVII, 3.—const. 3, V.

(4) Dig. XXVII, 5. Il protutore amministrante i beni del pupillo ha generalmente gli stessi dritti e doveri del vero tutore. Egli è dunque al par di questo tenuto pel dolo, per la colpa, e per la mancanza della *diligentia quam in suis rebus*, s'egli opera *animo tutoris*; perchè altrimenti dev'esser riguardato siccome *negotiorum gestor*, e come tale usar la massima cura: fr. 1, § 1, 6; fr. 4, XXVII, 5.

(5) Fr. 1, § 19-24; fr. 2, XXVII, 3.—Paolo, II, 30.

LIBRO IV.

DEL DRITTO DI SUCCESSIONE (1).

SEZIONE PRIMA.

Nozioni preliminari generali (2).

§. 631. I. *Di successione in generale.*

Si usa generalmente il vocabolo *successione* tutte le volte che una persona entra nel luogo e ne' dritti di un' altra. Rispetto a' beni, la successione si divide in succession tra vivi *(successio inter vivos)* e successione a causa di morte *(successio mortis causa)*, secondochè si succede ne' dritti di proprietà di una persona vivente o pur morta. Ambedue poi si suddividono in successione universale *(successio per universitatem, successio universalis)* e succession particolare *(successio in singulam rem, successio singularis)*: nella prima si succede in tutti i beni del defunto, considerati siccome una universalità di cose *(in universum jus)*, cioè a dire così ne' suoi dritti come nelle sue obligazioni; nella seconda per contrario si succede solamente in alcuni dritti particolari (3). Noi non di altro ragioneremo in questo libro, che della successione a cagion di morte, tanto universale quanto particolare *(successio* mortis causa *universalis et singularis)*, cioè a dire delle *successioni* specialmente dette, e de' *legati.*

§. 632. II. *Nozione della successione.*

La morte di una persona estingue tutti i suoi dritti di famiglia, ma quant' è a' dritti sopra i suoi beni, questi generalmente si trasferiscono in altre persone.

1. Il patrimonio di un morto, risguardato siccome un complesso giuridico, una universalità di dritto, si chiama la sua successione, *hereditas* nel senso obbiettivo, ovvero *patrimonium defuncti*, *bona defuncti*, *universum jus defuncti* (4), ed eziandio *familia* (5). La successione adunque si com-

(1) Sul complesso del dritto di successione: Doneau, *Comm.* lib. 6-9. — Madihn, *Principia jur. rom. de success. s. de jure hered.* Franc. ad Viad. 1787; 1792. — Dalwigk, *Saggio di una sposizion filosofica del dritto di successione.* Wiesbaden, 1820, 1828.—Gans, *Il dritto di successione romano comparato a quello anteriore e posteriore.* Berlino, 1824 e 25; Stuttg. e Tubing. 1829.—Hunger, *Il dritto di success. rom.* Berl. 1834.—Mayer, *Del dritto di success.* Berl. 1840. — Rosshirt, *cod. tit.* Heidelb. 1840.

(2) Rosshirt, *Introduz. al dritto di success. e sposizione di tutto il dritto di success. ab intestato, principalmente secondo le fonti del dritto rom.* Lands. 1831, § 1-10.

(3) Caio, III, 78-84; Inst. III, 11, 13, danno esempi di una succession tra vivi universale.

(4) Doneau, *Comm.* VI, 2.

(5) Per es: i titoli del Dig. e del Cod. *familiæ erciscundæ.*-Lex XII Tab. «Agnatus proximus *familiam* habeto.» — Ulp. XXVI, 1.

pone non solo de' crediti appartenuti al defunto, ma altresì de' suoi debiti (1), eccetto i dritti ed i debiti essenzialmente inerenti alla sua persona, i quali con la sua morte si estinguono (2).

2. Il dritto che un sopravvivente abbia a' beni di un defunto, si chiama dritto di successione (*hereditas*, nel senso subbiettivo): colui al quale tal dritto appartiene, si nomina erede (*heres*), e quando egli sottentra nel luogo e ne' dritti tutti del defunto, (*succedit in universum jus defuncti*), più propriamente si dice suo *successore*; la quale universal successione, per altro, riceve anch' essa il nome di *hereditas* (3). L' idea dunque di successione e di dritto di successione suppone che qualcuno sia morto: *hereditas viventis non datur* (4).

§. 633. III. *Dell' erede o successore universale.*

L' erede (*heres* o *successor universalis mortis causa*) è colui ch' entra attivamente e passivamente in tuttoquanto il patrimonio del defunto (*qui succedit in universum jus, quod defunctus habuit*). Egli dunque succede non solamente a' dritti e crediti, ma eziandio ne' carichi del defunto, col quale dev' esser quanto a' beni risguardato come una medesima persona, ed il quale egli rappresenta in tutti i suoi dritti ed oblighi trasmessibili (5). Nulla monta che una sola persona ovvero più succedano al defunto; perciocchè quand' anche siano più, ciascuna diventa erede della universalità de' beni, di *tutti* i suoi dritti e *tutti* i suoi carichi, benchè a ciascuna non s' aspetti se non quella parte alla quale è chiamata (*pro rata*). Se solo un erede vi ha, questo si chiama *heres pro asse* ovvero *heres solus*; se invece più persone son chiamate alla successione, ciascuno è chiamato *heres ex parte* rispetto alla successione, e rispetto a quelli ch' eredan con esso, cocrede (*coheres*). L' erede poi è o diretto (*heres directus*) quando nello stante medesimo dell' altrui morte egli sottentra, o fidecommissario (*heres fideicommissarius*) quando la successione o tutta o in parte è a lui trasferita pel tramezzo dell' erede diretto, il quale per tal risguardo si nomina erede *fiduciario* (6).

§. 634. IV. *Del successor particolare.*

Successor particolare è ordinariamente quello, il qual succede solamente a' dritti attivi particolari del defunto, poco importando s' egli succeda ad un solo dritto, a più, o a tutti (7): ondechè differisce dall' erede, in quanto che non havvi unità di persona infra 'l successor particolare ed il defunto, come nel caso dell' erede; epperò il successor particolare non è tenuto de' debiti del defunto, neppur quando gli sia stata legata una cosa ipotecata pel debito di quello. Dev' egli veramente sopportare il dritto d' ipoteca onde la cosa è gravata, siccome un peso (*onus rei*), e può esser convenuto me-

(1) Fr. 3, pr. § 1, XXXVIII, 1.—fr. 19 208, L, 16.—fr. 50, pr. V, 3.

(2) Fr. 1, § 43, XLIII, 20.—const. 14, III, 33.

(3) Fr. 62, L, 17.—fr. 24, L, 16: «Nihil aliud est hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit.» Si adopera spesso il vocabolo *successio* nel senso obbiettivo, per eredità. Per es: fr. 19, V, 2.—const. 10, III, 36.—const. 2, VI, 15.—const. 3, VI, 58.—const. 9, VI, 59.

(4) Fr. 1, XVIII, 4.—fr. 19, XXIX, 2.

(5) Fr. 37, ibid. « Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit. » — fr. 24, 208, L, 16.—fr. 11, XLIV, 3.—V. fr. 34, XLI, 1.—fr. 31, § 1, XXVIII, 5.—fr. 13, § 5, XLIII, 24.—fr. 1, pr. I, 8.

(6) § 2, J. II, 23.

(7) La donazion di tutti i beni, fatta tra vivi o per morte, non produce mai altro che una successión particolare.

diante l'azione ipotecaria, al pari di ogni possessor di cosa ipotecata (1); ma non è che diventi personalmente debitor del creditore, siccom' avvien dell' erede. A' successori particolari per cagion di morte appartengono in particolare il legatario (*legatarius*), il fidecommissario particolare (*fideicommissarius singularis*), ed il donatario a causa di morte (*mortis causa donatarius*); de' quali tratteremo nel proprio luogo.

§. 635. V. *Della capacità di succedere.*

L' erede parimente che il successor particolare debbono esser capaci di succedere. Il romano dritto dichiara incapaci di succedere tanto per testamento, quanto ab intestato:

1. Gli eretici e gli apostati (2).
2. I rei di maestà, lor figliuoli e figliuole: però le figliuole possono ricever dalla madre la lor legittima (3).
3. I condannati a morte (4).
4. Le comunità illecite o non autorizzate dallo Stato (5).
5. Tutte le femmine di mal affare (*turpes et probrosae*) (6).
6. La vedova rimaritatasi entro l'anno del lutto non può niente acquistar da testamento, ed ab intestato non può redare de' suoi parenti oltre al terzo grado (7). Ragioneremo appresso partitamente delle persone incapaci di acquistare ab intestato, e di quelle incapaci di acquistar per testamento.

§. 636. VI. *Della delazione e dell' acquisto della successione.*

Vuolsi in materia di successione distinguere la delazione e l' acquisto effettivo.

1. La delazione della successione ha luogo (*hereditas delata est*) quando per un motivo qualunque ad essa è chiamato alcuno, in facoltà del quale è allora l' acquistarla (8).
2. L' acquisto poi della successione (*hereditas acquisita est*) consiste in ciò che colui, al qual essa è deferita, l' acquisti effettivamente, e così diventi vero erede. L' acquisto dunque di una successione suppone maisempre ch' ella sia stata deferita, e la delazione che l' erede sia sopravvivuto al defunto (9).

§. 637. VII. 1. *Delle cause di delazione, in generale.*

La delazione di una successione in roman dritto si fonda o sopra un testamento del defunto, o in mancanza di ciò, sopra le disposizioni della legge. Sonovi adunque due ordini di successione; il testamentario (*successio testamentaria*), ed il legale ovvero ab intestato (*successio ab intestato s. legitima*) (10). Ma il dritto romano nega ogni effetto a disposizioni di ultima volontà rivestite della forma di un contratto; ondechè questo non può mai servir di fondamento ad una successione universale (11).

(1) Const. 2, 7, IV, 16. — fr. 16, § 3; fr. 17, XX, 1. — *V*. fr. 34, § 2, XXXII.
(2) Const. 4, 5, I, 5. — const. 3, I, 7.
(3) Const. 5, § 1, 3, IX, 8.
(4) Fr. 13, XXXVIII, 1.
(5) Const. 8, VI, 24.
(6) Fr. 41, § 1. XXIX, 1. — fr. 2, § 2; fr. 13; § 14, XXXIV, 9. — const. 5, VI, 21.
(7) Const. 1, V, 9. — *V*. § 573.
(8) Fr. 151, L, 16. « Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. »
(9) Fr. 19, XXIX, 2.
(10) § 6 in fine, J. II, 9. — fr. § 39, XXIX, 2.
(11) Const. 30, II, 3; 5, V, 14; 4, VIII, 39. — *V*. fr. 29, § 2, XXXIX, 5. — fr. 61,

§. 638. 2. *Del rapporto in cui sono le successioni testamentarie e quelle ab intestato.*

Le dette due specie di successioni sono infra loro nel rapporto seguente:

1. L'ordine di successione testamentaria è preferito a quello ab intestato, finattantochè è possibile (1).

2. In dritto romano i due ordini sono incompatibili nella stessa successione, vale a dire che non possono consistere, ma l'uno esclude l'altro. A questo principio appunto si riferisce quella regola del roman dritto, altrettanto notabile che feconda di conseguenze: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (2): la qual però non s'applica alle successioni de' soldati (3), e soggiace a diverse eccezioni in quelle stesse di coloro che non sono soldati *(pagani)* (4).

§. 639. VIII. Hereditas e bonorum possessio.
Nozione e differenza di esse.

Gli ordini di succession testamentaria e legittima poggiavano appo i romani o sulla ragion civile, o sull'editto del pretore. Il sistema successorio del dritto civile, che originalmente era il solo in vigore nello stato romano, nominavasi *hereditas*, e la persona chiamatavi *heres*; quello invece fondato nel dritto pretorio dicevasi *bonorum possessio*, ed il chiamatovi *bonorum possessor* (5). L'origine di siffatta *bonorum possessio* fu che il pretore nel suo editto ammise a poco a poco al dritto di successione, nella qualità di eredi, diverse persone che nessuna ragione vi avevano. Egli adoperava a tale effetto la forma della *missio in bona*, e quindi è venuta l'espressione *bonorum possessionem dabo.* Dava nello stesso tempo a colui, al quale prometteva il possedimento de' beni, l'interdetto *Quorum bonorum* avverso il possessor della successione e delle cose a questa appartenenti; il quale interdetto tendeva a fargliele restituire (6). Per acquistar così fatta possession de' beni si richiedeva che colui, al quale l'editto la offriva, la domandasse al pretore. Il posseditore *(bonorum possessor)* non diventava precisamente erede, ma lo si teneva e trattava per tale, e la legge attribuivagli tutti i dritti ed i doveri dell'erede *(est heredis loco)* (7). Allorchè questo dritto

XLV, 1. — const. 19, II, 3. — Malblanc, *Diss. improbati pacti hereditarii ex jure rom.* Tub. 1798. — Bouterweck, *De fundamento successionis tam allodialis quam feudalis et ratione differentiæ inter successionem germanicam et romanam.* Gœtt. 1786. — Linde, *Diss. de successione germanica, imprimis pactitia.* Bonnæ, 1820, p. 7.

(1) Fr. 39, XXIX, 2. «Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.» — const. 8, VI, 59.

(2) Fr. 7, L, 17. «Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est.» — § 5, J. II, 14. — Cicerone, *De invent.* II, 21. — Delle conseguenze e degli effetti di questa regola, *v.* fr. 1, § 4; fr. 9, § 13; fr. 74, XXVII, 5. — fr. 41, § 8 in fine, XXVIII, 6. — § 9, J. II, 14. — fr. 34, XXVIII, 5. — const. 20, VI, 30.

(3) Fr. 6, XXIX, 1: «—miles enim pro parte testatus decedere potest, pro parte intestatus.» — § 5, J. II, 14. — fr. 15, § 4; fr. 17, pr.; fr. 37, XXIX, 1. — const. 1, 2, VI, 21.

(4) Nella rescissione di parte d'un testamento inofficioso: fr. 15, § 2; fr. 24, V, 2.

(5) Caio, III, 25-38. — Ulp. XXVIII. — Inst. III, 10. — Dig. XXXVIII e XXXVIII. — Cod. VI, 11-13. — Teofilo, sul detto tit. delle Inst. — Doneau, *Comm.* VII, 14. — Ennecio, *Antich. rom.* 3, 10. — Hugo, *Diss. de bon poss.* Halæ, 1788. — Koch, *Bon. possessio.* Giessen, 1799. — Gluck, *Della succ. ab intestato*, 2a ediz. § 86-107. — Hugo, *Rechtsg.* p. 550 e seg.; 578 e seg. 940, 1127.

(6) Caio, III, 34; IV, 144. — § 3, J. IV, 15. — Dig. XLIII, 2. — Cod. VIII, 2.

(7) Caio, III, 32; IV, 34. — § 2, J. III, 10. — *V.* fr. 2, XXXVII, 1. — fr. 138, L,

di successione pretorio si fu a mano a mano esteso e perfezionato, il pretore stabilì finalmente nel suo editto un sistema compiuto di successione testamentaria ed ab intestato. Questo sistema applicavasi a tutte le persone che profittar dovevano del beneficio della *bonorum possessio*, tanto agli *heredes*, cioè a dire agli eredi civili, quanto a quelli che tali non erano, ma che volendo domandar la possession de' beni, l'avevano. Esso determinò nel tempo medesimo l'ordine in cui coloro che avean dritto alla detta possessione, potevano chiederla, e prefisse de' termini entro cui dovessero farlo, sotto pena di decadimento (1).

§. 640. B. *Delle diverse specie di* bonorum possessio.

La espressione *bonorum possessio*, quant'è a' beni lasciati da un defunto, comprende nel suo senso generale due sorte di casi essenzialmente distinti. Negli uni, sotto nome di *bonorum possessio*, si acquista un vero dritto di successione (ma soltanto pretorio) che potrebbe dirsi la *bonorum possessio* nel suo verace significato: negli altri, il dritto di successione è incerto, nè per la mandata del pretore altro si acquista che il possesso temporaneo ed il dritto di alimentarsi d'in su' beni (*missio in possessionem bonorum defuncti*). Di questa seconda specie parleremo più sotto: per ora non tratteremo se non della *bonorum possessio* nel vero senso, la qual si divide:

1. In *edictalis* e *decretalis*. Edittale è in quei casi, ne' quali essa è deferita ad alcuno giusta i termini dello stesso editto, per virtù del quale può egli domandarla semplicemente, senza che vi sia bisogno nè di cognizion della causa nè di decreto. Invece è decretale, quando tale, a cui non è attribuita per le parole dell'editto, crede nondimeno poterla dimandare per la mente di quello; ma allora una cognizione ed un decreto particolar del pretore che la conferisce, sono sempre richiesti (2). La possession de' beni edittale è la regola, la decretale è l'eccezione.

2. Relativamente agli eredi civili, essa è maisempre *utilis*, cioè a dire non punto necessaria all'*heres* per eredare; ma quand' egli la domanda, sì ne acquista i vantaggi, segnatamente l'interdetto *Quorum bonorum* (3). Per contrario, relativamente a quelli a' quali è solamente attribuita dall'editto del pretore, essa è *necessaria*, vale a dir che senza di ciò non possono essi succedere.

3. Finalmente, la detta possession di beni si divide ancora in quella *cum re s. cum effectu*, e quella *sine re s. sine effectu*: nella prima l'erede pretorio, che l'ha chiesta, conserva la successione; la seconda accade quando la successione gli è ritolta da uno erede civile più prossimo (4).

§. 641. C. *Dell'ordine di successione nella* bonorum possessio.

La possession de' beni era deferita nell'ordine che segue (5).

1. Primieramente veniva la *bonorum possessio contra tabulas s. contra nuncupationem*, in favor degli eredi suoi (*sui*) e degli emancipati omessi nel testamento del padre, i quali sarebbono stati eredi *suoi*, se non vi fosse intervenuta la emancipazione (6).

16.—fr. 117; fr. 125, § 1, L, 17.—Gmelin, *De convenientiis et differentiis inter hereditatem et bon. possessionem*. Gœtt. 1808.

(1) § 4-7, J. III, 10. — XXXVIII, 15.

(2) Per es: fr. 6, XXXVIII, 6. — fr. 4, XXXVII, 8.—fr. 1, § 7, XXXVIII, 9.

(3) Fr. 2, § 21, XXXVIII, 17. — const. 13, VI, 30. — *Coll. Leg. Mos. Rom.* XVI, § 3.

(4) Caio, II, 148, 149; III, 35-37—Ulp. XXVIII, 13.

(5) Ulp. XXVIII, 1. — fr. 6, § 1, XXXVII, 1.

(6) § 3, J. III, 10. — Dig. XXXVII, 4-7. — Cod. VI, 12.

2. Se non vi erano nè eredi suoi nè eredi emancipati omessi, la possession de' beni era attribuita *secundum* (*juxta*, *adversus*) *tabulas s. nuncupationem*, cioè secondo il testamento che fosse valido non pure in ragion civile, ma parimente in dritto pretorio (1).

3. Finalmente, non essendovi testamento, la possession de' beni era deferita ab intestato: in dritto nuovo essa andava primieramente a' figliuoli (*liberi*), dipoi agli eredi legittimi (*legitimi*), dopo di essi a' cognati, e finalmente, *ex edicto unde vir et uxor*, al coniuge superstite (2). Ogni possession de' beni domandata in siffatto ordine dell' editto perpetuo, chiamavasi *ordinaria*: qualunque altra non appartenente ad una determinata classe, dicevasi *extraordinaria*; quali particolarmente erano i casi della possession de' beni decretale (3).

SEZIONE II.

Della delazione della successione.

CAPITOLO PRIMO.

DELL' ORDINE DI SUCCESSIONE AB INTESTATO (4).

TITOLO PRIMO.

PRINCIPJ GENERALI DEL DRITTO DI GIUSTINIANO.

§. 642. 1. *Quando la successione si deferisca ab intestato.*

L' ordine di successione ab intestato generalmente non si apre, se non quando non v' è alcuno erede testamentario, nè v' ha speranza che alcuno ve ne sarà (§ 638) (5). Pertanto, la successione è deferita ab intestato:

1. Quando il defunto non ha lasciato testamento.

(1) § 3, J. cit. — Dig. XXXVII, 11. — Cod. VI, 11.

(2) § 3, J. cit. — Inst. III, 5, 6. — Dig. XXXVIII, 6-12. — Cod. VI, 14, 15, 18.

(3) Fr. 5, § 3, XXXVII, 5. — fr. 3, § 14-16, XXXVII, 10.

(4) Fonti del dritto vecchio: Caio, III, 1-31. — Epit. Gaji, II, 8. — Ulp. XXVI, —Paolo, IV, 8-10.—*Coll. Leg. Mos. Rom.* XVI. — Cod. Th. V, 1. — Inst. III, 1-6. —Dig. XXXVIII, 16, 17. — Cod. VI, 55-59. — Pel dritto nuovo in particolare: Nov. 118; 127, pr. c. 1.
Bibliografia: Doneau, *Comm.* XI, 1-4.—Fosterus, *De hered. quæ ab intest. deferuntur.* Colon. 1594.—Rotgersius, *Apodicticæ demonstrationes*; vol. 1, lib. 1, *de succ. legit. sec. Nov. 118.* L.-B. 1727. —Ranchinus, *Tract. de success. ab intest.* Meerman, t. p. 191. — Stryck, *Tract. de succ. ab int.* Francf. ad V. 1733.— Schacher, *Spec. histor. jur. civ. vicissitudines successionis ab int. apud Rom. exponens.* Lips. 1762. — Lock, *Successio ab intest. civitis in suas classes nova methodo redacta.* Jenæ, 1757; Giessæ, 1798. — Hugo, *Comm. de fundamento succ. ab int. ex jure rom. antiquo et novo.* Gœtt. 1785.— Rosshirt, *Introd. al dritto di success. ec.* Lantshut. 1821.— Lintelo de Geer, *Disp. qua Nov. CXVIII ex jure pristino explicatur.* Tr. ad Rh. 1841.

(5) Pr. J. III, 1. — Fr. 39, XXIX, 2.— const. 8, VI, 59.

2. Quando il testamento da lui pur fatto è nullo fin da principio.

3. Quando il testamento, sebben valido in principio, fosse diventato invalido dappoi, ed il pretore non potesse neppur dare la *bonorum possessio secundum tabulas*.

Ne' primi due casi l'ordine di successione ab intestato è aperto al momento della morte del defunto; ma nel terzo bisogna distinguere se il testamento perde suo valore prima o pur dopo della morte. Se prima, l'ordine di successione ab intestato è aperto nello stante della morte; se dopo, non si apre se non dal momento che si abbia certezza che nessuno erede testamentario succederà (1).

§. 643. II. *Del dritto di succedere.* A. *Della sua causa.*

La capacità, ovvero, supponendo che vi sia la generale capacità di succedere, il dritto *in abstracto* di succedere ab intestato, pel dritto giustinianeo si fonda (2):

A. Principalmente in sulla congiunzion di sangue col defunto, senza distinguere se per via di maschi o di femmine (3). Ma generalmente si richiede che la parentela sia legittima. Quant' è a' figliuoli illegittimi:

1. Gl' incestuosi sono incapaci di succedere a' loro genitori ed a' costoro parenti, i quali similmente non succedono ad essi (4).

2. Gli adulterini e gli spurii (*adulterini, spurii s. vulgo quaesiti*) succedono al pari de' legittimi alla lor madre ed a' costei parenti; i quali parimenti succedono ad essi (5).

3. I figliuoli naturali sono egualmente ammessi alla succession della madre e de' suoi parenti, siccome legittimi, ed alle medesime persone lasciano la loro propria: ma generalmente non eredano del padre e de' costui parenti, se non quando egli non lasci nè figliuoli nè sposa legittimi; nel qual caso la legge assegna ad essi la sesta parte della successione, la qual essi dividono con la madre loro (6).

4. I figliuoli legittimati dipoi, son pareggiati a' legittimi (7).

5. I figliuoli nati d'un matrimonio putativo succedono a' lor genitori e costoro parenti siccome i legittimi; ma quel solo de' genitori, il quale a tempo della celebrazion del matrimonio era di buona fede, è ammesso alla successione di siffatti figliuoli (§ 547).

6. Finalmente vuolsi notare che in tutta la linea della parentela naturale, nessuna persona capace di succedere non può star di mezzo infra 'l defunto e l' erede.

B. L' adozione porge egualmente fondamento alla successione ab intestato (§ 584-85); e ciò nel modo seguente:

1. I figliuoli arrogati e adottati da un loro ascendente natnrale, succedono ad esso ed agli agnati di lui, come vicendevolmente costoro ad essi (8): ma non sono ammessi alla succession della moglie del padre adottivo nè a quella de' costei parenti (9).

(1) § 6, J. III, 2.—fr. 2, § 5, XXXVII, 16.

(2) Nov. 118; 127, pr. c. 1.

(3) Nov. 118, c. 4. — L'affinità non dà dritto alcuno alla successione: const. 7, V, 59.

(4) Const. 6, V, 5. — Nov. 74, c. 6; 89, c. 15. — Heise, *De successoribus necessariis*. Gœtt. 1802, p. 61.

(5) § 4, J. III, 5.—§ 3, cod. 4.—const. 5, VI, 57.

(6) Nov. 118, c. 5; 89, c. 12, § 4, 6.

(7) Const. 10, V, 27. — Nov. 89, c. 8; c. 9, § 1.— Nov. 74, c. 2. — Madihn, *De legitime natorum portione, etc.* Halæ, 1755. — Kohl, *De successione ab int. per rescr. legitimatorum etc.* Gœtt. 1800.

(8) § 2, J. I, 11. const. 10, pr. § 5, VIII, 48. — § 2, 14, J. III, 1.

(9) Fr. 23, I, 7.

2. I figliuoli adottati da qualunque altro *(extraneo)* son capaci di succedere al padre adottivo, ma nè questi succede a loro, nè essi agli agnati di lui (1).

3. Gli adottati da una donna eredano di lei, ma non de' suoi parenti (2): ella poi non succede loro, perchè nessuna civile o natural parentela ha con essi. Del resto, la capacità di succedere fondata in sull'adozione, presuppone che cosiffatto legame sia durato infino alla morte (3); epperò leggermente s'intenderà da se stesso, attenendosi alla Novella 118, che gli adottati d'ogni maniera lasciano nello stesso tempo la lor successione a' propri parenti naturali, a' quali essi egualmente succedono (4). Certo è che l'adottato da persona strania alla famiglia *(ab extraneo)* succede *siccome figliuolo* a' suoi genitori naturali, del pari che prima della Novella: ma le sentenze non s'accordano in quanto a sapere se l'arrogato e l'adottato da un ascendente vengono alla successione del padre loro naturale *siccome figliuoli* nel primo luogo, o come semplici parenti nel quarto.

C. Finalmente, sono più altre persone, le quali per particolari motivi e sotto alcune condizioni, onde noi ci occuperemo più in là, acquistano un dritto di succedere ab intestato ne' beni del defunto.

§. 644. B. *Del tempo in cui si dev'esser capace di succedere.*

La capacità di succedere ab intestato dev'esser nello erede dacchè la successione è aperta (§ 642) continuando sempre infino a ch'egli accetta l'eredità (5). Nulla monta ch'egli sia nato o sol conceputo allorch'è chiamato a succedere; perciocchè se il conceputo nasce uomo, vivente, vitale, e in tempo utile, può far valere suo dritto di successione come s' egli ci fosse già nato al tempo della morte di cui domanda succedere (6).

§. 645. III. *Dell'ordine di successione.*
A. *In generale.*

Tutte le persone aventi il dritto astratto di succedere ab intestato (§ 643) non vengon già nel tempo medesimo alla successione d' un defunto; ma la legge pone tra esse un certo ordine, a cui si dà il nome di ordine di successione *in concreto (ordo succedendi)*. In una successione di parenti, siffatto ordine anzichè fondarsi nella prossimità del grado di parentela col defunto si fonda in sulla specie di parentado stato tra lui ed i suoi eredi, distinguendo tra' discendenti, gli ascendenti, ed i collaterali. Perchè più facilmente cosiffatto ordine si comprenda, sonosi i parenti capaci di succedere ab intestato partiti in quattro classi (7). Nella prima succedono senza distinzion di grado tutti quei discendenti del defunto, i quali nella loro stirpe non hanno tra essi ed il defunto alcun altro discendente vivente di mezzo; nella seconda, gli ascendenti più prossimi di grado, i fratelli e sorelle germane del defunto, e quando questi sièn trapassati prima di lui, i loro figliuoli; nella terza, son chiamati i fratelli e le sorelle consanguinei

(1) Const. 10, § 1, VIII, 48.
(2) Const. 5, ibid.
(3) § 11, J. III, 1.
(4) Perchè il vincolo di sangue tra essi ed i loro parenti naturali, il quale secondo la detta Novella è il fondamento del dritto di successione, continua a malgrado dell'adozione.
(5) Fr. 1, § 4, XXXVIII, 17. — *V.* § 4, J. II, 19. — fr. 49, § 1; fr. 59, § 4, — XXVIII, 5. — fr. 54, XXIX, 2.
(6) Giusta la regola: Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur (§ 123). *V.* altresì: fr. 1, § 5, XXXVIII, 17.
(7) Questa distinzione trovasi già nella Nov. 118, non nelle parole, ma in effetto.

ed uterini del defunto, come pure i costoro figliuoli, s' essi son morti prima di quello; nella quarta, gli altri parenti collaterali più prossimi di grado, i quali non si trovino nella seconda nè nella terza classe, senza distinzione tra' germani e quelli congiunti da un sol lato (1).

§. 646. B. *Principj particolari.*

I seguenti principj s'applicano alle quattro classi testè divisate:

1. La classe anteriore esclude la posteriore, vale a dire che fintantochè vi son persone di una classe anteriore, nessuno erede di una classe posteriore non può andare alla successione.

2. Nella successlon di uno ascendente, i suoi nipoti, bisnipoti, ec. succedono per virtù di un *dritto di rappresentazione illimitato*, pel quale i discendenti distanti di un defunto pigliano il posto del lor genitore premorto, e prendono della successione tanto quanto avrebbe avuto costui, s'egli fosse sopravvivuto alla persona di cui la successione s'è aperta (2). Cotal dritto di rappresentazione non era nell'antica ragion romana applicabile, se non a pro de' discendenti del defunto, pe' quali non era ristretto ad alcun grado (3). Giustiniano lo estese a' figliuoli e figliuole de' fratelli e sorelle del defunto così germani come da un sol lato; ma n' escluse i discendenti dei fratelli e sorelle del morto, i quali così non vengono alla successione nè nella seconda nè nella terza classe, ma sol nella quarta (4). Del resto, la efficacia di siffatto dritto, così ne' discendenti del defunto, come ne' figliuoli de' suoi fratelli e sorelle, non dipende da ciò, che la persona dalla legge autorizzata a sottentrar nel luogo de' suoi genitori premorti, sia realmente ad essi succeduta.

3. Le quattro classi son sottoposte ad una successlon di gradi e di ordini (*successio graduum et ordinum*); ch' è quanto dire che quando il primo chiamato in una classe vien manco, nè ha coerede alcuno a cui la sua par-

(1) Di queste quattro classi si son fatti i seguenti versi:

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius ejus,
Tunc latere ex uno junctus quoque filius ejus,
Denique proximior reliquorum quisque superstes:

Qualche volta si trovano interposti tra il terzo ed il quarto verso i due seguenti:

Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
Juncti ascendentes fratrum proles quoque sola.

Ugo cita questi versi nel suo *Dritto rom. moderno*, 7 ed. p. 186. — Wittich nel suo *Sistema di dritto civ.* ve ne aggiunge un terzo:

Cognatusque heres, quem continet ultima classis.

Questi tre versi non concernono l'ordine di successione, ma la maniera e la porzione propria di ciascuno eredante.

(2) L'espressione *jus repræsentationis* non s' incontra in dritto romano, il qual nonpertanto ne ferma il principio. Nov. 118, c. 1: « — sic tamen ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius aut filios aut filias aut alios descendentes *in proprii parentis locum succedere — tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens si viveret habuisset; quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.* » Si compari con questo luogo il § 6, J. III, 1. — Sulla materia intera, v. Gmelin, *Diss. exhib. historiam repræsentationis etc.* Tubing. 1787 — Gluck, *Intestat.* § 22. — Normann, *Diss. de jure repræsent.* Hafniæ, 1828.

(3) Vari giureconsulti però pretendono che i discendenti del defunto non succedano per dritto di rappresentazione, ma *jure proprio*, e che quanto ad essi non può accader rappresentazione se non rispetto allo spartimento della successione: ma siffatta opinione è al tutto falsa e tirasi dietro conseguenze egualmente erronee.

(4) Nov. 118, c. 3 verb. « Si autem defuncto fratres — si superstes esset. » — Nov. 127, pr. verb. « Meminimus — et illius ferentes portionem. »

te si aggiunga (1), o pur quando i suoi coeredi egualmente vengano a mancare, la successione va a quelli i quali nella medesima classe son chiamati i primi dopo il mancante (*successio graduum*): ma quando nella classe degli eredi chiamati e mancanti non v'è più chi succeda in alcun de' gradi ad essa appartenenti, la successione passa a quelli i quali nella seguente classe sono i primi chiamati (*successio ordinum*) (2).

§. 647. IV. *Dello spartimento della successione.* A. *In generale.*

Quando la legge chiama nell'ordine della successione contemporaneamente più parenti allo spartimento di un retaggio, è da sapere per qual porzione ciascun di loro sia chiamato. Lo spartimento della successione può generalmente farsi a tre modi:

1. Può esser divisa in tante parti quante son le persone succedenti, ciascuna delle quali allora riceve la stessa porzione (*portio virilis*): la qual maniera di eredare chiamasi *successio in capita* (3).
2. Può esser partita in tante porzioni eguali, quante son le stirpi formate da' successori: nel qual modo ciascuna stirpe principale piglia una porzione, la qual poi si suddivide per capi o nuovamente per istirpi tra le persone a quella appartenenti: e questa si dice *successio in stirpes* (4).
3. Finalmente si può della successione far due parti eguali, ond'una vada agli ascendenti paterni, l'altra a' materni, e ciascuna poi si suddivida per capi: ch'è la così detta *successio in lineas* (5).

§. 648. B. *Dell' effetto della parentela addoppiata nello spartimento della successione.*

Colui ch'è di più modi imparentato col defunto, ha dritto a più porzioni ereditarie, sempre che lo spartimento si faccia a stirpi (*in stirpes*) o pure in linee (*in lineas*); ma tal dritto non ha mai quando la eredità sia fin da principio partita per capi (6). In quest'ultimo caso, ciascun capo è contato una sola volta: dovechè negli altri due la raddoppiata parentela fa

(1) Sonovi però autori che danno la preferenza alla succession per gradi sul dritto di accrescimento (a).

(2) Questa successION per gradi è già fondata in sull'editto successorio del pretore: Dig. XXXVIII, 9. Giustiniano la estese in quanto all'antico ordine di successione, e la Nov. 118 non ha nulla modificato. § 7, J. III, 2. — § 4, 5, J. III, 9. (10), ed Ulp. XXVIII, 11.

(3) La Nov. 118, c. 3, § 1, s'esprime nel seguente modo su questa specie di partizion della successione: « Secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur: quod *in capita* nostræ leges appellant. »

(4) La Nov. 118, c. 1, dice delle persone appartenenti alla medesima stirpe: « Tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens si viveret habuisset; quam successionem *in stirpes* vocavit antiquitas. » — *V.* pure c. 3, pr.

(5) Ecco come si esprime la Nov. 118, c. 2: « Ex æquo inter eos (ascendentes paternos et maternos) hereditas dividatur: ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint; medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos invenire contigerit. »

(6) Giustiniano, veramente, non l'ha detto espresso; ma questo principio deriva dalla natura medesima della successION per capi, stirpi, e linee.

(a) Cioè sostengono, che quando il primo chiamato di una classe manca, debba chiamarsi il grado più prossimo alla parte dell'erede mancante, e non già accrescer con essa la porzione de' coeredi del grado medesimo. (*Trad.*)

in ciascuna stirpe o linea prendere una porzione, e così tal parente è più volte contato.

TITOLO II.

DELL' ORDINE DI SUCCESSIONE AB INTESTATO IN PARTICOLARE.

§. 649. I. *Dell' ordine di successione de' parenti. Prima classe.*

Quelli che in primo luogo vengono alla successione sono i discendenti del defunto i quali esistendo nello stante che la successione si apre, sono i più prossimi di loro stirpe; senza aver riguardo al sesso, al grado di parentela, alla potestà paterna, alla primogenitura, o all' esser nati gli eredi del medesimo o di più matrimoni (1). Se non vi sono altri discendenti che del primo grado, la successione si divide per capi: In tutti gli altri casi, non escluso quando tutti i discendenti chiamati a succedere discendano da un sol figliuolo o di una sola figliuola del defunto (2), l'eredità si divide in istirpi (3).

§. 650. *Seconda classe.* 1. *Di chi succeda.*

Quando il defunto non lascia discendenti succedevoli, o quando i lasciati mancano tutti, gli eredi della seconda classe arrivano alla successione. A questa classe appartengono:

1. Gli ascendenti del defunto più prossimi di grado, senza distinguere di qual linea sieno, intantochè l' ascendente più prossimo esclude il più distante non sol di sua linea, ma parimente dell' altra, e gli ascendenti egualmente prossimi nelle due linee congiuntamente succedono.

2. I fratelli e sorelle germani del defunto, capaci di succedere relativamente al lor padre e alla madre (§. 643) (4) (5).

3. I figliuoli e figliuole, ma non i nipoti, de' fratelli e sorelle del defunto trapassate prima di lui; ma si richiede che sieno stati capaci di succedere all' uno o all' altro lor genitore premorto, e che questo medesimo

(1) Nov. 118, c. 1, 4.

(2) Questo punto è però contrastato; e benchè privo di pratico interesse in quanto al partimento di una succession venuta a' discendenti ab intestato, egli è di qualche momento quando si tratta della legittima de' nipoti e della porzione di una vedova povera. — Suptiiz, *De nepotibus ex filio unico avo non in capita sed in stirpes succedentibus.* Nelmstad. 1806.

(3) § 6, 16, J. III, 1. — Nov. 118, c. 1. — Rispetto all' usufrutto paterno in sui beni avventizi de' figliuoli, bisogna ancor notare i due casi seguenti:

1. Quando un figliuol di famiglia si muore lasciando de' discendenti non più sottoposti alla potestà del padre suo, essi credano il suo peculio avventizio, escludendone suo padre, il qual ne conserva l' usufrutto durante sua vita: const. 11, VI, 59; 6, § 1, VI, 61.

2. Quando taluno non abbia più sotto la sua potestà suo figlio, sibbene il figliuol di costui, e questo suo nipote si muoia senza discendenti, allora suo padre eredita il peculio avveniticcio, escludendone l'avolo, il qual conserva l'usufrutto che già ne aveva: const. 3, VI, 61. A queste constituzioni anteriori appunto si riferiscono le parole della Nov. 118, c. 1: « Nam in usufructu harum rerum, qui debet acquiri aut servari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus. »

(4) Nov. 118, c. 2, 3.

(5) Perchè si facea ragione che la eredità giungesse a' fratelli passando prima pe' comuni genitori, epperò doveano esser capaci di succedere anche a questi. *(Trad.)*

avesse potuto succedere al defunto (1). Tutte le dette persone unitamente concorrono alla successione (2).

§. 651. 2. *Del modo di spartir la successione.*

La successione si divide differentemente in questa classe, secondo le diverse persone ad essa concorrenti. Perciocchè:

1. Quando succedono soltanto degli ascendenti, se appartengono ad una sola linea, dividono la successione per capi, se alle due linee, per linee (§. 647).

2. Quando vi son solamente fratelli e sorelle germane e figliuoli di germani premorti, fa luogo distinguere:

a) Se vi son soltanto fratelli e sorelle, lo spartimento si fa per capi.

b) Se non vi son che figliuoli e figliuole di fratelli e sorelle germane premorte, dividono essi egualmente per capi, o che rappresentino un sol fratello o sorella, o che più? Sicchè, per esempio, quando uno zio lascia tre nipoti, de' quali uno è figliuolo unico, mentrechè gli altri due hanno lo stesso padre o la stessa madre, lo spartimento si farà egli per capi, o stirpi? Ciascun de' tre nipoti avrà un terzo, o pure si darà metà al primo ed un quarto a ciascun degli altri due? Sopra tal quistione, lasciata da Giustiniano indecisa, gl'interpetri si son divisi; Azo si dichiarò per la partizione per capi, Accursio per quella in istirpi (3).

c) Se v' ha concorso tra fratelli e sorelle e de' figliuoli di fratelli e sorelle premorte, la succession si divide per istirpi.

3. Quando degli ascendenti succedono insiem con fratelli e sorelle germane del defunto e con figliuoli di fratelli e sorelle premorte, bisogna distinguere:

a) Se de' fratelli e sorelle germane concorrono con ascendenti, lo spartimento si fa per capi.

b) Se vi sono ad un tempo degli ascendenti, de' fratelli e sorelle, e de' figliuoli o figliuole di altri fratelli o sorelle premorte, gli ascendenti ed i fratelli e sorelle succedon per capi, i figliuoli de' fratelli o sorelle premorte, per istirpi.

c) Finalmente, se il concorso è soltanto tra figliuoli di fratelli e sorelle premorte, ed ascendenti, i primi ricevono egualmente una parte per ciascuna stirpe, mentrechè i secondi succedon per capi (4).

§. 652. *Terza classe.*

In mancanza di eredi della seconda classe, ecco sottentra la terza allo spartimento della successione. A questa classe appartengono:

1. I fratelli e sorelle del defunto da un sol lato, senza distinguer se dal

(1) Giusta la Nov. 118, c. 3, verb. « Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, etc. » i figliuoli de' fratelli e sorelle non dividevano la successione con gli ascendenti. Questo punto fu cangiato dalla Nov. 127, c. 1, di Giustiniano.

(2) Per la Nov. 118, c. 2, il padre succede insiem co' fratelli e sorelle germane del defunto, i quali prima di questa Novella lo escludevano: const. 11, VI, 59, const. 3, 4, 6 pr. § 1, VI, 61. Ma egli non ha l'usufrutto della parte toccata a' detti collaterali.

(3) Questo punto fu deciso in Alemagna col decreto della Dieta imperiale del 1529, § 31, in favor di Azo, il quale ammette la succession per capi, contuttochè questo avviso non sia troppo giusto.

(4) Si disputa per sapere se in siffatti casi i figliuoli di fratelli e sorelle premorte vengano alla successione in concorrenza con gli ascendenti. La giurisprudenza tedesca s'è dichiarata, secondo l'idea della Nov. 118, per la loro ammessione a stirpi.

lato del padre o della madre: ma è necessario che sieno capaci di succedere a quel genitore ch'è lor comune col defunto.

2. I figliuoli e le figliuole de' fratelli o sorelle da un sol lato, morte prima del defunto: ne' quali debbono riunirsi le condizioni medesime, rispetto alla capacità di succedere, che ne' figliuoli de' germani premorti (1).

Bisogna qui applicare, per la division dell' eredità, i principj posti nel § precedente, n° 2. In questa classe, nè in quella che segue, non v' ha distinzione alcuna da fare tra' beni che provengono dal lato paterno, e quelli che dal materno.

§. 653. *Quarta classe.*

Quando non vi son persone di una delle precedenti classi, la succession ricade a quel congiunto della quarta classe ch'è di grado più prossimo al defunto, senza distinguere s' egli sia suo congiunto germano o se da un sol lato. Anche qui vuolsi applicar la regola ch' egli dev'esser perfettamente capace di succedere, e che tra lui ed il defunto non ha da trovarsi persona alcuna capace di succedere a costui. Essendovi più congiunti egualmente prossimi di grado, vengono unitamente alla successione, e la dividon per capi (2).

§. 654. II. *Di alcune altre successioni.*

Oltre a' parenti, sonovi altre persone a cui la legge dà per particolari motivi un dritto di successione. Tali sono:

A. Il conioge sopravvivente, il quale ereda ne' seguenti casi:

1. Quando un coniuge muore senza lasciar parenti successori, il coniuge sopravvivente, tanto s' è il marito quanto la moglie, succede per virtù dell'editto pretorio *Unde vir et uxor*, mantenuto dal dritto nuovo (3).

2. Quando un marito facoltoso lascia una vedova povera non dotata, costei acquista, unitamente co' parenti del defunto, quali ch' essi sieno, una parte de' beni (4), la qual da nessuna disposizione non può esserle tolta (5). Succedendo la vedova insieme con più di tre discendenti del marito, o che nati di lei stessa, o che d'altro matrimonio anteriore, ha parte uguale con tutti (6); ma in tutti gli altri casi, concorrendo essa con tre o meno discendenti, oppur con altra sorta di parenti del marito, qualunque sia lor numero, riceve il quarto de' beni (*quartam partem bonorum*), e non mai dippiù. Essa acquista sempre la proprietà della parte che la legge le attribuisce, con libera facoltà di disporne; salvochè non abbia de' figliuoli nati del suo matrimonio col defunto, nel qual caso essa della sua parte non ha che l' usufrutto durante sua vita, e deve conservarla a' figliuoli (7).

B. Colui che ha preso con sè e curato un matto, dopo aver vanamente richiesti gli eredi legittimi e testamentari d' incaricarsene essi, esclude costoro dalla succession del matto mortosi tale (8).

(1) 118, c. 3.
(2) 118, c. 3 in fine.
(3) § 6, J. III, 10. « — Aliam vero bonorum possessionem, quæ *unde vir et uxor* appellatur — in suo vigore servavimus. » — Dig. XXXVIII, 11. — Cod. VI, 18.
(4) Nov. 117, c. 5. Le disposizioni anteriori, alle quali questa Novella si riferisce, sono: Nov. 22, c. 18; 53, c. 6; 74, c. 5.
(5) Nov. 53, c. 6. Questa Novella dava parimente un quarto al vedovo indigente; ma la Nov. 117, c. 5, espressamente glielo ritoglie.
(6) I discendenti appartenenti alla stirpe medesima, sono contati per una sola persona.
(7) Nulla per altro monta, s'ella succeda insieme con figliuoli tutti suoi propri, o parte suoi e parte avuti già dal marito in un matrimonio anteriore; dovendo essa in ambo i casi conservare a' suoi propri figliuoli *tutto* ciò che acquista come vedova indigente.
(8) Nov. 115, c. 3, § 12. Molti autori

C. Non essendovi alcuno erede ab intestato nè testamentario del defunto, la successione è devoluta ad alcuni corpi ond'egli forse era membro. Tali sono in dritto romano la curia, quando un decurione si muore senza eredi (1); la consorteria de' navigatori (*collegium naviculariorum*) (2); la compagnia, nella quale l'uomo avea militato (3); la chiesa in cui l'ecclesiastico uffiziava, ed il convento al quale il monaco o la monaca apparteneva (4). Vuolsi ancora qui notare che quando una cosa è stata dal principe donata al defunto congiuntamente con un altro, s'egli è morto senza eredi, la sua porzione ricade al *socius liberalitatis principis*, il quale non può risguardarsi com'erede, ma soltanto come successor particolare, quandoch'egli non altro acquista che la parte del defunto (5).

D. Se non v'è alcuno degli eredi fin qui noverati, la successione è vacante (*bonum vacans*) ed appartiene al fisco (6), il quale deve usar suo dritto entro quattro anni, altrimenti la successione è di colui che per avventura se ne fosse impadronito come di cosa di nessuno (*res nullius*) (7). Si disputa per sapere se il fisco, il quale accetta la succession vacante, debba esser risguardato siccom'erede, o come occupator privilegiato, per virtù del dritto appartenente allo Stato in su' beni vacanti (8). Certo è che ad ogni modo egli non acquista della successione, se non ciò che rimanga dopo aver soddisfatti i creditori ed i legatarii del defunto (9): ma la risoluzion di quest'altra quistione, se il fisco sia tenuto de' debiti oltre al valor della successione, dipende appunto dal saper s'esso è considerato come erede o come occupatore. Il medesimo è quanto al definire a qual fisco vadano i beni vacanti: perciocchè s'esso è erede, il fisco di quello stato nel quale il defunto aveva il suo domicilio prende tutti i suoi beni, anche quelli situati di fuori; ma se il fisco occupa, i beni vacanti situati in differenti paesi ricadono alla tesoreria di ciascuno.

CAPITOLO II.

DELL' ORDINE DI SUCCESSIONE TESTAMENTARIO (10).

§. 655. *Nozione dell' ultima volontà.*

S' intende per ultima volontà qualunque disposizione da talun fatta pel ca-

non riconoscono in un tale la qualità di *erede*; ma ecco come la Novella si esprime: « — extraneum — ad ejus (furiosi) successionem pervenire decernimus.»

(1) Const. 1, C. Th. V, 2. — const. 4, VI, 62. — const. 1, X, 34.

(2) Const. 1, VI, 62.

(3) Fr. 1, 2, XXXVIII, 12.— fr. 6, § 6, 7, XXVIII, 3. — const. 2, VI, 62.

(4) Const. 20, I, 3. — Nov. 131, c. 13.

(5) Const. un. V, 14.

(6) Fr. 2, XXXVIII, 9. — const. 1, 4, X, 10. — Majer, *Della success. del fisco.* Ulm. 1786. — Schmidt, *De succ. fisci in bona vacantia.* Gen. 1836.

(7) Fr. 10, pr. § 1, XLI, 3.

(8) La prima opinione, che par la più giusta (secondo il fr. 13, § 9, V, 3.–fr. 1, pr. XXXVIII, 9. — const. 5, X, 10.— Nov. 1, c. 1, § 3), è difesa da Cuiacio, *Comm. ad. L. 4 C. de bon. vac.* — Mazezoll, *Inst. del dritto rom.* § 208, dice che il fisco non è nè chiamasi allora *heres*, ma che nondimeno è trattato quasi per tutti i rispetti siccome uno erede, e sempre come un *successor per universitatem.*

(9) Fr. 11, XLIX, 14. — fr. 96, § 1; fr. 114, § 2, XXX.

(10) Sulla intera materia: Doneau, *Com.* VI, 4-28. — Stryck, *De cautelis testamentorum.* Halæ, 1738.—Claproth, *Diss. su' testam. codicilli, leg. e fidecomm.* Gœtt. 1797. — Westphal, *Teoria del dritto rom. su' testam. ec.* Lips. 1790. — Dalwigk, *Sposiz. del dritto di success.* Wiesbaden, 1820. — Gluck, *Comm.* 33 e 34.

so di sua morte, soprattutto in quanto a'suoi beni (1). Chi dispone in sua vita, non è mai legato da ciò, ma può sempre rivocar la sua disposizione, o modificarla; nè questa acquista valore ed effetto, se non quando egli si muoia senz' averla cangiata (2).

§. 656. *Delle specie di ultima volontà.*

La volontà estrema dell' uomo si esprime in dritto romano o per via di testamento, o pur di codicillo. Un testamento, nel senso del roman dritto, è una disposizion solenne di ultima volontà, con cui si nomina uno erede *diretto* (3). Ogni altra disposizione di ultima volontà è un codicillo (4). L'instituzione adunque dell' erede dà al testamento tutta la sua forza: essa n'è come il principio ed il fondamento.

TITOLO PRIMO.

DELLA CAPACITA' DI TESTARE.

§. 657. *Delle condizioni di tale capacità* (5). I. Commercium mortis causa.

La capacità di far testamento chiamasi *fazione di testamento (testamenti factio)* (6). La prima condizione a tal dritto richiesta era la qualità di cittadino romano, o almeno la capacità del commercio per causa di morte (*commercium mortis causa*) (7). Perciò gli schiavi ed i latini giuniani (*Latini juniani*) (8), i forastieri (*peregrini*), e qualunque cittadino soggetto alla massima o mezzana deminuzion di stato, erano incapaci di testare (9).

§. 658. II. *Capacità di acquistar per se stesso.*

La seconda condizion necessaria alla fazion del testamento era che l'uomo

(1) Fr. 1, XXVIII, 1. « Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. » Ulp. XX, 1.

(2) Fr. 4, XXXIV, 4: « — Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum. »

(3) § 34, J. II, 20. « Testamenta ex institutione heredis vim accipiunt, et veluti caput et fundamentum totius testamenti intelligitur heredis institutio. » — *V.* fr. 1 § 3, XXVIII, 6, e fr. 20, XXIX, 7. Quindi le espressioni, *testamentum facere* ed *heredem scribere*, sono sinonime.

(4) § 2, J. III, 25. — const. 14, VI, 23. « Non codicillum sed testamentum aviam vestram voluisse, *institutio et exheredatio* facta probant evidenter. »

(5) Ulp. XX, 10 e seg. — Caio, II, 112 e seg. — Paolo, III, IV, A. — Inst. II, 12. — Dig. XXVIII, 1. — Cod. VI, 22. — Ennecio, *Diss. de orig. test. factionis.* Francf. 1726; *Opusc.* Halæ, 1735. — Trekell, *De orig. atque progressu test. fact.* 1739. Lips. — Gluck, *Comm.* 33a, 34a.

(6) Fr. 4, 18, pr. XXVIII, 1. — *Testamenti factio* dicesi ancora della capacità di ricever per testamento: § 4, J. II, 19. — fr. 16, Pr. XXVIII, 1. — fr. 7, XLI, 9. Quindi i moderni dividono la fazion del testamento in *attiva* e *passiva.*

(7) Chiamavasi *jus commerciorum* il dritto di poter liberamente disporre e contrattare delle proprie sostanze, ed una specie di detti commerci era appunto il commercio per causa di morte, cioè il dritto di poter dare e ricevere per ultima volontà. *(Trad.)*

(8) Ulp. XX, 14. — Gluck, *Com.* XXXIV, p. 53.

(9) Fr. 8, XXVIII, 1. Se un cittadino romano passava di vita durante la sua cattività, il suo testamento anteriore era mantenuto per una finzione della legge Cornelia. — Ulp. XXIII, 5. — § 5, J. II, 12. — fr. 12, XXVIII, 1. — fr. 16, 18, XLIX, 15.

potesse possedere e lasciar beni suoi propri. Perciò, chiunque trovavasi sotto la potestà ovvero nella *manus* altrui, era incapace di testare, *quia filiusfamilias nihil suum habet* (1). Sebbene cotal ragione sia scomparsa per la instituzion del peculio avventizio, il figliuol di famiglia in dritto nuovo non è meno incapace di testare (2). La legge non gli permette di disporre per testamento, se non del suo peculio campale e quasi campale, perchè rispetto a questi beni egli è considerato come padre di famiglia (3).

§. 659. III. *Capacità di dichiarare l' ultima sua volontà.*

La terza condizione era che il testatore fosse fisicamente e moralmente capace di validamente dichiarare l' ultima sua volontà. Le persone incapaci di testare per tal rispetto sono:

1. Quelli che non sanno leggere nè scrivere (4). I sordi e muti possono testare quando sanno scrivere, ma per testare con semplici segni è lor necessaria l'autorizzazione del principe (5).

2. Quelli che al tempo, che il testamento è fatto, non hanno l' uso della lor mente o la libertà del volere; qual è il pazzo, ed il prodigo, il quale a quello è assomigliato (6). La vecchiaia e le malattie non sono d' impedimento, fintantochè non tolgono del tutto l' intendimento ed il giudicio (7).

3. Gl' impuberi; i quali non possono testare neppur con l' autorizzazione del tutore (8): ma i minori pervenuti alla pubertà possono anche senza il consentimento del curatore (9).

§. 660. IV. Lege intestabiles.

Da ultimo vi sono diverse persone a cui la legge ha tolta la fazion del testamento, per pena di un delitto (*lege intestabiles*) (10). Tali sono in dritto romano i rei di crimenlese e' loro figliuoli (11); i condannati per libelli diffamatorii (12); gli apostati ed alcune specie di eretici (13); le persone viventi in adulterio, le quali possono soltanto testare a pro di taluni prossimi parenti (14); e finalmente i condannati a morte (15).

(1) Ulp. XX, 10. — fr. 6, pr.; fr. 19, XXVIII, 1. — Glück, *Comm.* XXXIV, 1407.

(2) Pr. J. II, 12. — const. 11, VI, 22; const. 8, § 5 VI, 61.

(3) Ulp. XX, 10. — Caio, II, 106. — § ult. J. II, 11. — pr. J. II, 12. — fr. 18, pr. XLV, 3. — const. 11, 12, VI, 22. — const. 37, pr. III, 28. — Il figliuol di famiglia può parimente con l' autorizzazione paterna fare del suo peculio avventizio una donazione per causa di morte: fr. 51, § 1, XXXIX, 6. — Finalmente, si noti che un soldato, quando è incerto s' egli trovisi ancora sotto la paterna potestà, può validamente testare: fr. 11, § 1, XXXIX, 1. — fr. 9, XXIX, 7.

(4) Const. 29, VI, 23.

(5) Secondo il vecchio diritto, il sordo ed il muto non potevano testare *per æs et libram*: Ulp. XX, 13. — fr. 6, § 1, fr. 7, XXVIII, 1. Ma in dritto nuovo non è dubbio che ambi possano testare, il primo a voce e per iscritto, il secondo solamente in iscritto. Il medesimo è de' sordi e muti ad un tempo: § 3, J. II, 12. — fr. 4, XXIX, 1. — const. 10, VI, 22.

(6) Il testamento fatto prima dell' impazzamento o della interdizione, riman valido; § 1, 2, J. II, 12. — fr. 18, XXVIII, 1. — const. 9, VI, 22.

(7) Fr. 2, XXVIII, 1. — const. 3, VI, 22.

(8) § 1, J. II, 12. — fr. 19, XXVIII, 1. — Quando si computa il tempo necessario all' impubere per poter testare, si applica la regola: *dies coeptus pro completo habetur*: fr. 5, XXVIII, 1.

(9) Fr. 20, § 1, XXXIV, 3.

(10) Fr. 18, § 1, XXVIII, 1. — Teofilo, sul § 6, J. II, 10.

(11) Const. 5, pr. § 1, IX, 8.

(12) Fr. 18, § 1, XXVIII, 1. — fr. 21, pr. XXII, 5. — fr. 5, § 9, 10, XLVII, 10.

(13) Const. 1, 1, 7. — const. 4, 5, I, 5.

(14) Const. 6, V, 5. — Nov. 12, c. 1, 2.

(15) Fr. 8, § 4; fr. 13, § 2, XXVIII, 1. — V. Nov. 134, c. 13.

TITOLO II.

DELLA FORMA DE' TESTAMENTI.

§. 661. *Divisione generale de' testamenti.*

Considerati dal lato della forma, i testamenti in dritto romano nuovo si dividono in pubblici *(testamenta publica)* e privati *(testamenta privata)* (1).

§. 662. *De' testamenti pubblici* (2).

Il testamento pubblico può farsi in due differenti modi: o quando il testatore lo rimette al principe *(testamentum principi oblatum)* (3); o quando egli lo fa a voce dinanzi ad un magistrato avente giurisdizione civile, il quale ne stenda atto, o pur glielo dà bell' e scritto, perchè lo conservi *(testamentum actis magistratus insinuatum,* oggi comunemente *testamentum judiciale)* (4). Nell' uno e nell' altro caso, la pubblica confidenza propria del principe e del giudice è bastante, nè alcun' altra formalità si richiede.

§. 663. *De' testamenti privati* (5).

Ma i testamenti privati, i quali possono farsi tanto a voce *(per nuncupationem)* quanto in iscritto *(per scripturam)*, richieggono l' osservazione di parecchie altre formalità. La forma esterna de' privati testamenti è *ordinaria* o *straordinaria*. La prima è la regola generale; la seconda ha luogo per eccezione in taluni testamenti, e differisce dall' altra in ciò che le ordinarie formalità sono in essa scemate, accresciute, o pur modificate.

§. 664. I. *Della forma de' testamenti ordinari.*
A. *Condizioni generali.*

La forma ordinaria di ogni privato testamento, o scritto o vocale, richiede il concorso delle seguenti condizioni:

1. La presenza di sette testimoni (6), espressamente chiamati per questo

(1) Circa la forma de'testamenti: Caio, II, 101-108. — Ulp. XX, 2-9. — Inst. II, 10, e Teof. Ivi. — Dig. XXVIII, 1. — Cod. VI, 23. — Cic. *De nat. Deor.* II, 3. — Gellio, XV, 20. — Heineccius, *Diss. de orig. test. fact. etc.* Franeq. 1726. — Trekeli, *De orig. et progressu test. fact. etc.* Lips. 1739. — Dirksen, *Uebersicht etc.* — Savigny, *Ist. del dritto rom. nel medio evo;* t. 1 e 2. — Gans, *Scolii su Caio*, p. 279. — Walch, *Pr. de mutata a Constantino test. jur. civ. forma.* Jenæ, 1823. — Puchta, *Instituz.* p. 42. — Zachariæ, *Comm. de fiducia.* Gothæ, 1830, c. 8. — Gluck, *Comm.* XXXIV, § 1408-12.

(2) Doneau, *Comm.* VI, 6.

(3) Dove s' ha da intendere così quando il testatore rimetteva il suo testamento al principe perchè lo conservasse ed avvalorasse al par di qualunque altro magistrato investito di tal potere; come quando il testatore si rimetteva al consiglio dello stesso principe, in quanto alla instituzion del suo erede: il qual secondo caso veramente non pare che sia punto considerato dal nostro autore, ma è fuori di ogni dubbio, siccome si può leggere nella sposizione dal Gotofredo fatta della legge 19, C. VI, 23. *(Trad.)*

(4) La const. 19, VI, 23, parla delle due specie di testamenti pubblici. — Gluck. *Comm.* XXXIV, 156 e seg.

(5) Doneau, *Comm.* VI, 7-10.

(6) Const. 21, VI, 23. — § 3, J. II, 10. — fr. 27, XXVIII. — Gluck, XXXIV, 287.

effetto: ondechè deve il testatore aver loro dichiarata la volontà sua di fare un testamento, e pregatigli di esserne testimoni (1). Debbono essi parimente esser capaci di far testimonianza in quel tempo (2), e liberamente venir presso del testatore (3): ma non è necessario che questo li conosca di persona (4). Incapaci di testimoniare sono gli uomini privati di ragione e di volontà; gl' impuberi; i sordi ed i muti; i ciechi, almeno ne' testamenti scritti (5); i prodighi dichiarati, e quelli che per legge non possono esser testimoni, detti anch' essi *lege intestabiles* (6); le donne, e quelli che non eran romani (7); tutti i soggetti alla potestà paterna del testatore (8); l' erede stesso instituito (9), e tutte le persone in sua potestà (10).

2. L' unità dell' azione (*unitas actus*): vale a dire che tutti i testimoni debbono esser presenti nel tempo medesimo, e che il testamento dev' esser terminato continuamente (*uno contextu*), senza che nessun altro negozio possa interromperlo (11).

§. 665. B. *Delle condizioni particolari del testamento scritto* (12).

Colui che vuol fare un testamento privato scritto, può:

1. Scriverlo tutto di sua mano (*testam. holographum*); nel qual caso, purchè dichiari averlo scritto di suo proprio pugno, non è richiesto ch' egli lo sottoscriva (13).

2. Farlo scriver da altrui (*testam. allographum*); ma allora deve sottoscriverlo e riconoscerlo in presenza de' testimoni (14). S'egli non sa scrivere, o non può per qualsiasi impedimento, è richiesta la presenza di un ottavo soscrittore (*octavus subscriptor*), il qual sottoscrive in nome del testatore, facendo menzione ch' ei sottoscrive a richiesta di quello (15).

3. O che il testatore abbia egli medesimo scritto, o che fatto altrui scrivere il testamento, dev' egli presentarlo a' testimoni e dichiarar loro che il testamento è suo: ciascun de' testimoni deve apporvi la sua soscrizione ed un sigillo qualunque, anche quello del testatore (16).

(1) Fr. 21, § 2, XXVIII, e la *quæstio Domitiana* nel fr. 27, ibid.

(2) Nulla monta che divengano incapaci dappoi: fr. 22, § 1, ibid. — § 7, J. II, 10.

(3) Fr. 20, § 10, XXVIII, 1. — const. 9, 12, VI, 23, comp. con la const. 3, § 2, C. Th. IV, 4.

(4) Gluck, *l. c.*, pensa altramente.

(5) De' testamenti fatti di notte, v. fr. 22, § 6, XXVIII, 1.

(6) Fr. 26, ibid. — fr. 14, 15, XXII, 5.

(7) § 6, J. II, 10. — *V.* fr. 20, § 4-7, XXVIII, 1.

(8) § 9, J. II, 10.

(9) § 10, ibid. — fr. 20, pr. XXVIII, 1.

(10) § 10 cit. — fr. 20, pr. cit. Poco importa che i testimoni sieno infra loro dipendenti: § 8, J. II, 10. — fr. 22, pr. XXVIII, 1. — Ulp. XX, § 3-6. — I legatarii ed i fidecommessarii possono esser testimoni: § 11, J. 10.

(11) Fr. 21, § 3, ibid. — § 3, J. II, 10 — fr. 20, § 8, XXVIII, 1, e particolarmente le const. 21, pr. § 2, e 28 pr. VI, 23; la seconda delle quali addita pure l' eccezioni alla regola. — Gluck, *Comm.* XXXIV, 375.

(12) Gluck, *Comm.* XXXI, 384.

(13) Const. 28, § 1, VI, 23. Nulla monta in che lingua il testamento sia scritto: fr. 20, § 9, XXVIII, 1; const. 21, § 4, VI, 23. Ma non può l'uomo servirsi di cifre per iscrivere: fr. 6, § 2, XXXVII, 1.

(14) Const. 21, pr. VI, 23.

(15) Const. 28, § 1, VI, 23. — *V.* const. 29, ibid.; Nov. 119, c. 9, ed Auth. *Et non observato*, C. VI, 23. — Ma quando colui che scrive un testamento pel testatore che ne l'ha pregato, riceve egli stesso qualche cosa o com'erede, o come legatario, non può esso medesimo scrivere il passo che gli risguarda, o almeno deve farlo confermar dal testatore. Così è ordinato dal senatoconsulto Liboniano, il qual estende a questo caso la pena minacciata dalla *Lex Cornelia de falsis*. Rubr. Dig. XLVIII, 10. — Cod. IX, 23. — fr. 1, XXXIV, 8. — fr. 29, XXVI, 2.

(16) § 5, J. II, 10. — fr. 22, § 2, 5; fr. 30, XXVIII, 1. — Quant' è alla differenza tra *subscriptio* e *superscriptio testium*,

4. Il testatore che vuole che la volontà sua non sia nota a persona, può presentare il suo testamento chiuso a' testimoni, ma egli deve egualmente dichiarare in lor presenza che il testamento contenuto nell' involto è l' ultima sua volontà, scritta da lui stesso, o da altrui, e chiuderlo apponendo il suo nome sull' involto; o s' egli non può scrivere, ovvero non sa, un ottavo testimonio egualmente sottoscrive in sua vece: quindi i testimoni sottoscrivono e pongono il lor suggello all' involto. La soscrizione ed il sigillamento chiudono il testamento, il quale allora è, come si dice, solennizzato (1).

§. 666. C. *Delle condizioni particolari del testamento a voce.*

Colui che vuol fare il suo testamento a voce (*per nuncupationem*), deve dichiarar la sua ultima volontà, e particolarmente il nome dell' erede, innanzi a sette testimoni, chiaramente, ed in una lingua che tutti i testimoni possano comprendere (2). Il testamento a voce, ch' è posto in iscritto o immediatamente o appresso, acciò valga per pruova (il che si fa senz' alcuna formalità), chiamasi *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*; ma non per ciò resta di essere un testamento a voce (3). In mancanza di simigliante documento, tanto la osservazion della forma legale del testamento, quanto il suo contenuto, può provarsi per mezzo di due de' testimoni concorsi all' atto, o anche di due altri testimoni degni di fede.

§. 667. II. *Della forma de' testamenti straordinari.*
A. *De' testamenti richiedenti maggiori formalità.*

La legge richiede straordinarie formalità pel testamento di un cieco. Se questi testa a voce, un *tabellario* a ciò chiamato mette in iscrittura la sua disposizione in presenza di tutti i testimoni, e dopo averla letta al testatore, la sottoscrive e suggella insieme con quelli. Ma se il cieco ha fatto già scrivere il suo testamento da un altro, il *tabellario* gli fa lettura di questo innanzi a' testimoni, e poi unitamente con essi lo sottoscrive e' sigilla. Un ottavo testimonio è necessario per supplir la mancanza del *tabellario* (4).

§. 668. B. *De' testamenti esigenti minori formalità* (privilegiata) (5).
1. *Del testamento militare* (6).

Il testamento da un soldato fatto nel campo richiede meno formalità dei testamenti ordinari (*test. militis s. jure militari factum*) (7). In fatti la legge non cerca alcuna solennità per tal sorta di testamento: il soldato ha facultà di farlo come gli è in piacere, chè la sua volontà, comunque

v. Savigny, *Stor. del dritto rom. nel medio evo*, t. 2, p. 182. L'una e l'altra sono necessarie a compiere il testamento.

(1) Const. 21, pr. VI, 23.

(2) § ult. J. II, 10.—fr. 21, pr.; fr. 23, XXVIII, 1. — const. 21, § 2, VI, 23.

(3) Nettelbladt, *De test. nuncupativo in scripturam redacto*. Halæ, 1753.

(4) Const. 8, VI, 22. — Nov. Leon. 69. — Kœhnen, *De forma testamenti externa a cæco observanda*. Gœtt. 1781. — Gluck, *Comm.* XXXIV, 26.

(5) De la Couture, *Diss. de privilegiati test. apud Rom.* Tr. ad Rh. 1825.

(6) Caio, II, 109. — Inst. II, 11. — Dig. XXIX, 1; XXXVIII, 13. — Cod. VI, 21. Doneau, *Comm.* VI, 28. — Hænel, *Diss. I de test. militari*. Lips. 1815, *Diss. II.* Lips. 1816.

(7) Perciocchè in tempo di pace il soldato deve osservar le solennità ordinarie: const. 17, VI, 21.— § 3, J. II, 11. — Del dritto antico, *v.* fr. 4, 7-9, 26, 38, 42, XXIX, 1. — const. 5, VI, 21.

dichiarata, avrà pieno effetto. Può egli scrivere il suo testamento da se stesso, o pur farlo scrivere altrui: può parimente farlo a voce, dichiarando l'ultimo suo volere innanzi ad alcune persone perciò convocate, ma queste persone non debbono esser risguardate che siccome testimoni di pruova, e neppur come tali sono necessarie, se la pruova del testamento può farsi altramente (1). Le persone addette agli eserciti, benchè non sieno soldati, hanno lo stesso privilegio quando si trovano in vero pericolo della vita (*test. quasi militare*): dal qual pericolo però salvandosi, il testamento loro non è più valido (2), dovechè quello dal soldato fatto nella spedizione, conserva tutto il suo valore dopo il costui ritorno, ed anche durante un anno dopo del suo congedo (3). Il soldato ha similmente facoltà di confermare in campo senz'alcun'altra formalità un testamento irregolarmente fatto prima che andasse alla spedizione (4). Ha esso altresì diversi privilegi importanti rispetto alla sostanza del testamento; de' quali però non profitta se non quando egli testa durante una spedizione, *jure militari* (5).

§. 669. 2. *Del testamento fatto in contado* (ruri conditum).

Accadendo di doversi fare un testamento in contado, bastano cinque testimoni, quando al testatore non sia possibile di trovarne più. Uno di questi testimoni può sottoscrivere per tutti quegli altri che non sapessero scrivere: ed il testamento è pure valido senza sottoscrittura, se nessun de' testimoni non sappia di lettera (6). Il più de' giureconsulti restringono siffatta disposizione al testamento fatto da contadini (7), ma per lo motivo addotto dalla stessa disposizione è chiaro che tal dritto appartiene a tutti i testamenti fatti in contado.

§. 670. 3. *De' testamenti fatti in tempo di pestilenza.*

Chi fa testamento in luogo infetto di mal contagioso, non è obbligato di aver sette testimoni insieme (8).

§. 671. 4. *Del testamento a pro di luoghi pii.*

Cade qui far menzione del testamento del dritto canonico, fatto a pro delle instituzioni di beneficenza (*testamenta ad pias causas*). Perciocchè qualunque disposizione di ultima volontà, o che un testamento, o che un codicillo, è valida senz'altra formalità esterna per tutto ciò che lasci alla Chiesa o a qualunque altra pia instituzione, sol che la volontà del testatore sia certa (9). Onde consegue che tale disposizione ha valore ancorchè fatta senza testimoni, quando la pruova della volontà del testatore può esser data altramente, per esempio per mezzo di scrittura (10).

(1) Pr. § 1, J. II, 11. — fr. 1, pr.; fr. 24; fr. 40, pr. XXIX, 1. — const. 1, 3, VI, 21.

(2) Fr. 44, XXIX, 1. - fr. un. XXXVIII, 13.

(3) § 3, J. II, 11; fr. 21, 26, 38, 42, XXIX, 1. — const. 13, VI, 21.

(4) § 4, J. ibid. — fr. 3, ibid.

(5) § 6, J. II, 13.

(6) Const. 31, VI, 23.

(7) Thibaut, *Sistema*, § 710. — Schweppe, *Pand.* § 821.

(8) Const. 8, VI, 23. Altri autori, leggendo *oppressis* in luogo di *oppressos*, dicono che questa const. dev'essere intesa in questo senso, che tutti i testimoni debbono per verità esser presenti, ma non son tenuti di stare nella medesima stanza che l'ammalato.

(9) Cap. 11, X, 3, 26. — Il dritto romano richiedeva la forma del testamento ordinario: const. 13, I, 2.

(10) Molti autori però pensano che bi-

§. 672. C. *De' testamenti in cui le formalità son cangiate.*

Le formalità ordinarie sono cangiate, e parte diminuite, parte aumentate, ne' testamenti in cui gli ascendenti ordinano eredi i loro discendenti. In fatti, i genitori e gli altri ascendenti possono:

1. Testare in iscritto ed a voce osservando la forma del testamento ordinario, e così ordinare eredi non pure i lor discendenti, ma eziandio altre persone (*extranei*), ovvero onorarle di un legato.

2. Ma s'essi vogliono fare un testamento scritto, ed instituir soli i loro discendenti, non han bisogno di testimonio alcuno, ed è parimente in loro arbitrio di scriverlo essi medesimi, o farlo scrivere altrui: ma in tutti i casi si richiede che sia posta nel principio del testamento la sua data, e che il testatore scriva di sua mano i nomi de' discendenti instituiti, e la porzione ereditaria di ciascun d'essi, non in numeri, ma alla distesa (1). Cosiffatto testamento, ch'è de' privilegiati, chiamasi *testam. parentum inter liberos* (2). È fuor d'ogni dubbio che i genitori possono in simigliante testamento diseredare i lor figlinoli e dar loro un tutore; ma è materia di disputa s'essi abbiano altresì dritto di fare un tal testamento privilegiato in risguardo a' lor figliuoli illegittimi.

3. La semplice divisione, che i genitori facciano infra' lor figliuoli (*divisio parentum inter liberos*), differisce dalla detta specie di testamento; perciocchè, in siffatta divisione, i discendenti eredano ab intestato de' loro ascendenti, i quali con una disposizione di ultima volontà si contentano di designar la parte ereditaria di ciascuno de' lor figliuoli. Questa divisione è valida, se sottoscritta dall'ascendente che la fa, o da' discendenti pe' quali è fatta (3).

§. 673. *De' testamenti reciproci e correspettivi.*

Abbiamo ancora da parlar de' testamenti che due o più persone fanno nello stesso contesto (4), pel compimento de' quali debbono le ordinarie formalità osservarsi una sola volta, eccetto la richiesta de' testimoni (*rogatio testium*) che ciascun testatore deve far separatamente. Tra questi testamenti si noverano:

1. I testamenti reciproci (*test. reciproca*), ne' quali due persone s'instituiscono reciprocamente eredi nel contesto di un medesimo atto: il che spesso accade infra coniugi (5).

2. I testamenti correlativi (*correspectiva*); quando ciascun de' testatori mette per condizione della validità della disposizione sua propria, che l'altro non cangi la sua (6).

sognerebbono almeno due o tre testimoni per quanto alla forma, anche nel testamento scritto; per esempio Thibaut (*Sistema*, § 707) e Muhlenbruch (*Pand.* § 504, nota 5): ma le ultime parole del citato Cap. 11 indicano chiaro che i due o tre testimoni non son richiesti per altro che per la *pruova* del testamento.

(1) Nov. 107, c. 1. — Se l'ascendente non sa scrivere, il dritto romano gli permette anche di testare *inter liberos*, osservando le formalità ordinarie.

(2) Nov. 107, c. 1.—Schrœder, *De privil. parentum inter lib. dispositionibus*. Jenæ, 1819. — Euler, *Comm. de testam. et divis. parentum inter lib.* Berol. 1820. — Muller, *Diss. de test. par. inter lib. privil.* Lips. 1826.

(3) Nov. 118, c. 7; 107, c. 3. — Franckenfeld, *Diss. de discrim. nudæ divis. et testam. par. inter lib.* Gœtt. 1792.

(4) Da principio il roman dritto concedea questa facoltà solo a' soldati, const. 19, 11, 3; e più tardi a' coniugi: C. Nov. Valentinlani *De testam.* (Inserita nel *Jus civ. Antejust.* Berl. vol. 2. v. 1320).

(5) Stryck, *De test. conjugum reciprocis.* Halæ, 1702.

(6) Bœttiger, *Diss. de nat. et ind. testam. correspectivi.* Marb. 1793.

TITOLO III.

DEL CONTENUTO DE' TESTAMENTI.

§. 674. I. *Della instituzion dell' erede.*

Ogni testamento deve di necessità contenere la instituzion d'un erede diretto *(heredis directi institutio)*; ch'è quello che distingue questo dagli altri atti di ultima volontà parimente validi (1). Tale instituzione è siffattamente necessaria, che mancando essa del tutto o riuscendo invalida, la disposizion di ultima volontà non potrebbe aver valore di testamento (2). Ma la instituzione può solo esser fatta in un testamento, non mica in un codicillo (3).

§. 675. A. *Della capacità dell'erede instituito* (4).

Colui, che il testatore ordina suo erede diretto, dev'essere persona capace ed avere, rispetto a lui, la fazion di testamento *(quocum testamenti factio est)* (5) da' moderni chiamata passiva *(test. factio passiva)*. Chi rattrovisi in una incapacità assoluta di redar che che sia nella succession di un defunto, non può essere instituito erede nel testamento. Inoltre non potevasi validamente ordinare erede un forestiero *(peregrinus)* (6). Lo schiavo non poteva essere instituito nella qualità sua di schiavo (7), ma chi ordinava erede lo schiavo suo proprio daudogli la libertà, validamente testava; e lo schiavo, liberato di pieno dritto, era obbligato a diventar l' erede del suo padrone *(heres necessarius)* (8). Se poi s' instituiva lo schiavo di un altro, era in arbitrio del suo padrone di accettare o rifiutar la successione a lui ricadente per mezzo del suo schiavo (9).

Similmente non si poteva instituir talune persone, capaci in se stesse di andare alla succession di un defunto, ma che non potevano in alcuni determinati casi esser ordinate eredi nel testamento di talune altre persone. Tali sono:

1. Il principe, il quale non può esser fatto erede a condizione ch' egli prosegua un processo del testatore avverso un uomo particolare (10).
2. Il secondo coniuge, il qual non può ricevere più di quel figliuolo del primo matrimonio a cui tocca meno di ogni altro (§ 572).
3. La vedova rimaritatasi entro l' anno del lutto, la qual non può dare al suo secondo marito che al più al più il terzo de' suoi beni (§ 573).

(1) § 34, J. II, 20. «—Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.» — Const. 14, VI. 23.

(2) Fr. 1, § 3, XXVIII, 6. — «Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.»

(3) § 2, 1, J. II, 25. — fr. 2, § 4; fr. 10, XXIX, 7. — const. 2, 7, VI, 36. — Ma se l'instituzion di erede è fatta nel testamento, nulla impedisce di poter nominare altresì l' erede nel codicillo; fr. 77, XXVIII, 5.

(4) Ulp. XXII, 1-13. — Inst. II, 14. — Dig. XXVIII, 5. — Cod. VI, 24, 25. — Doneau, *Comm.* VI, 17.

(5) § 14, J. II, 9. Il soldato che testa *jure militari* può anche instituire una persona incapace, eccetto *turpes mulieres:* fr. 13, § 2; fr. 41, § 1, XXIX, 1. — const. 5, VI, 21.

(6) Fr. 6, § 2, XXVIII, 5. — const. 1, VI, 24.

(7) Fr. 3, XXIV, 8.

(8) Caio, II, 153-55. — Ulp. XXIII, 7-13. — Pr. § 1, J. II, 14. — § 1, J. II, 19. — const. 1, VI, 27.

(9) § 1, J. II, 14. — Ulp. XXII, 9.

(10) Fr. 91, XXVIII, 5. — § 8, J. II, 17.

4. La persona con cui il testatore viva in incesto; parimente che i figliuoli nati di siffatta unione, non possono essere instituiti da lui (1).

5. Colui ch' abbia un discendente legittimo non può dare a' figliuoli avuti di concubinato, nè alla madre loro, oltre alla dodicesima parte della successione; quando abbia solo degli ascendenti, può lasciar ciò che rimane, dopo dedotta la costoro legittima; se finalmente neppure ascendenti egli ha, può farli eredi di tutto (2).

6. Il vecchio dritto dichiarava le persone incerte al tutto incapaci di succedere; ma il nuovo permette d' instituirle, sì veramente che diventino certe dipoi (3).

7. Le comunità ed altre persone morali erano similmente dichiarate incapaci dal dritto vecchio, ma nel nuovo possono essere instituite allorchè sieno state riconosciute dallo Stato (4): ed il medesimo è de' luoghi di beneficenza, quando sono autorizzati dallo Stato, o pur confermati dopo la fondazione ed instituzione di lor fatta nel testamento (§ 150).

Del resto, la fazion di testamento passiva dev' esser nella persona dell' erede instituito nel punto che il testamento è fatto, in quello ch' egli è chiamato alla successione, e da questo continuamente infino all' accettazion dell' eredità (5). Quant' è alle persone incerte, basta che sieno capaci nel punto che la incertezza loro finisce; e pe' luoghi di beneficenza fondati ed instituiti nel testamento, basta che sieno confermati dallo Stato.

§. 676. B. *Della designazion dell' erede.*

Deve la persona instituita essere esattamente designata; ondechè bisogna che l' erede sia chiamato per suo nome, o pur denotato per guisa che nessun dubbio rimanga della sua persona (6). Purchè la persona sia certa, poco importa se il nome è sbagliato, o se la descrizione di lui fatta non gli si avvenga a pennello (7).

§. 677. C. *Del modo d' instituire* (8).

La instituzion dell' erede può farsi:

1. Pura e semplicemente.
2. Sotto condizione sospensiva, la qual sia possibile e lecita (9): nel qual

(1) Const. 6, V, 5.—Auth. *Ex complexu*, C. ibid.

(2) Nov. 89, c. 12.

(3) Caio, II, 238, 287. — Ulp. XXII, 4; XXIV, 18. — § 25-28, J. II, 20. — fr. 29, pr. XXVIII, 2. — const. 49, I, 3. — Cod. VI, 48. — Nov. 139, c. 9. — Rau, *Hist. juris civ. de personis incertis ex testamento heredibus*. Lips. 1784. — I poveri di un luogo possono essere instituiti: fr. 20, XXXIV, 5. —Vinnio, sul § 25, J. II, 20.—Quant' è al caso: « si ex certis personis incertæ personæ aliquid legatur: » v. § 25, J. h. t.

(4) Ulp. XXII, 5. — fr. 20, XXXIV, 5. — fr. 26, XXXVI, 1.— fr. 122, XXX.— const. 1, I, 2. — const. 8, 24, VI, 24.

(5) § 4, J. II, 19. — *V.* fr. 49, § 1; fr. 59, § 4; fr. 62, pr. XXVIII, 5. — fr. 210, L, 17.

(6) § 29, J. II, 20. — fr. 9, pr. § 8; fr. 62, § 1, XXVIII, 5. — Paolo, III, IV. — Conradus, *De volunt. testatoris dubia*. Helmst. 1736.

(7) § 29, J. II, 20.—fr. 48, § 3; fr. 62, § 1, XXVIII, 5. — const. 5, 14, VI, 24.

(8) Dig. XXVIII, 7.—XXV, 1.—XXXIV, 6. — Cod. VI, 45, 46.—VI, 41.—Doneau, *Comm.* VI, 18, 19.

(9) § 9, J. II, 14. — Cloquette, *Diss. de condition. quæ in test. scribuntur jure rom.* Lov. 1824. — La instituzione può pure esser sottoposta a più condizioni; nel qual caso bisogna esaminar se debbono essere adempiute tutte per dar luogo alla delazion della successione, o se basta l' adempimento di una sola. — § 11. J. ibid.—Quant' è allo spazio di tempo, entro cui la condizione dev' essere adempita, *v.* Endemann, *Comm. de implendæ conditionis tempore*. Marb. 1821.

caso l' erede allora è chiamato alla successione, quando la condizione si effettua (1). Ogni condizion risolutiva (2), impossibile, contraria all' onestà ed a' buoni costumi, è tenuta per non scritta, eccetto quand' ella sia negativa, perchè allora deve adempiersi (3): la condizione poi stravagante o interessata fa l' instituzione nulla (4). Non può neppure la instituzione porsi in arbitrio di un altro, ma ben può sottoporsi alla condizione che altri faccia alcuna cosa dipendente dall' arbitrio suo proprio (5).

3. L' instituzion di erede può esser sottoposta ad un termine, il qual però non vale se non quando l' erede è instituito *ex die incerto*: in tal caso il termine è risguardato siccome una condizione (6); dovechè per contrario, nella instituzion fatta *ex die certo* o generalmente *in diem*, il termine si ha come non scritto (7).

4. Il testatore può pure indicare il motivo che l' ha indotto ad instituire un tale, e poco importa generalmente che i fatti su' quali il detto motivo si fonda, non sieno conformi al vero (8). Ma questa regola ha due eccezioni: la prima, quando si può provare che il testatore senza l' error suo non avrebbe instituito quel tale, nel qual caso l' instituzione è nulla per falsa cagione (*falsa causa*) (9); la seconda, quando la causa è posta in forma di condizione, nel qual caso la condizione dev' essere eseguita (10).

5. L' instituzione può farsi sotto l' obligo per l' erede d' impiegar la successione o tutta o in parte ad un determinato scopo (*modus*); il che facendosi, l' erede che accetti deve adempier lo scopo additatogli, se questo è moralmente e fisicamente possibile; salvo però se l' erede fosse a tale adempimento egli solo interessato (11).

6. Finalmente, è in arbitrio del testatore d' instituir l' erede pura e semplicemente *sine parte*, ovvero *ex parte*, o pure *e re certa* (12).

(1) Fr. 5, § 2, XXXVI, 2. Se la condizione impone all'erede o legatario di non far qualche cosa per tutta la sua vita, o pur di farne alcuna in certi tempi prefissi, egli acquista di presente la successione o il legato, se dà cauzione pel caso che contraffacesse alla condizione; la qual cauzione si chiama *cautio Muciana*. Fr. 7, pr. XXXV, 1. — *V.* fr. 77, § 1; fr. 79, § 2; fr. 67; fr. 72, pr.; fr. 73; fr. 101, § 3, ibid. — Doneau, *Comm.* VIII, 33.— Majansius, *De caut. Muc.*. — Buchner, *De usu caut. Mucianæ etc.* Giess. 1789.— Zimmern, *De caut. Muc.* Heid. 1818. — Stubel, *Diss. de caut. Muc.* Lips. 1824.

(2) La ragione per cui la condizion risolutiva non è valida in una instituzion di erede, si ha nella regola: *Semel heres, semper heres*: fr. 7, § 10, IV, 4.—fr. 88, XXVIII, 5. — Ma cosiffatta condizione è ammessa nel testamento di un soldato: arg. fr. 15, § 4; fr. 41, pr. XXXIX, 1.— const. 8, VI, 21.

(3) § 10, J. II, 14.— fr. 1, 8, 9, 14, 20, 27, XXVIII, 7.— fr. 45, XXVIII, 5. — fr. 6, § 1, XXXV, 1. — const. un. VI, 41.

(4) Fr. 16, XXVIII, 7.—fr. 70, 71, pr. XXVIII, 5. — fr. 64, XXX. — Bruynen, *Diss. de captatoriis institutionibus*. L.-B. 1823.

(5) Fr. 32, pr. fr. 68, XXVIII, 5.

(6) Fr. 75, XXXV, 1: « Dies incertus conditionem testamento facit. » — fr. 4, pr. fr. 22, pr. XXXVI, 2.

(7) § 9, J. II, 14. — fr. 34, XXVIII, 5. — La instituzione *ad diem* è permessa nel testamento militare: fr. 15, § 4; fr. 41, pr. XXIX, 1. — const. 8, VI, 21.

(8) Fr, 17, § 1, XXXV, 1.—fr. 93, § 1, XXXII.

(9) Fr. 72, § 6, XXXV, 1.—const. 4, VI, 24. — *V.* Cod. VI, 44.

(10) § 31, J. II, 20.

(11) Fr. 17, § 4, XXXV, 1.—fr. 71, pr. ibid. — Muhlenbruch, *Pand.* § 652.

(12) § 4, J. II, 14.— Quanto alla division della successione, quando il testatore ha determinato la parte di ciascuno, e quando no, *v.* § 5-8, J. ibid.—fr. 17, § 5; fr. 18; fr. 59, § 2, XXVIII, 5.— const. 13, VI, 37. — Doneau, *Comm.* VI, 22, 33.—Heinn. *Antich.* II, 14, § 5, 6.—Dell'erede *e re certa scriptus*, *v.* fr. 35, XXVIII, 5. — const. 13, VI, 24.—Volkmann, *Diss. de her. e re certa scriptis.* Lips. 1827.

§. 678. D. *Della legittima.*
1. *Introduzione.*

Il vecchio dritto parimente che il nuovo, benchè questo con alcune modificazioni, risguardavano da due diversi punti il dritto di coloro a' quali abbisognava aver rispetto nel fare un testamento. Le Pandette, il Codice e le Instituzioni distinguono da un lato il dritto de' così detti *sui*, e di quelli ad essi pareggiati dalla ragion pretoria; rispetto a' quali l'obligazion del testatore riducevasi tutta alla forma del testamento, perciocchè doveva egli formalmente o instituirli o diseredarli, ma osservata ch' avesse la forma della diseredazione, poteva ad essi non lasciar niente: dall' altro lato i sopradetti libri distinguono il dritto che taluni parenti hanno di contraddire al testamento valido in se medesimo, per ragioni di equità. Siffatto dritto, introdotto dalla giurisprudenza, è stato a poco a poco regolato e ristretto, particolarmente in quanto al numero delle persone, alla natura ed alla durata de' mezzi di farlo valere. Il testatore può preservarne del tutto la sua ultima disposizione, dando a colui che potrebbe contraddire, una certa parte di quanto gli sarebbe toccato ab intestato.

Con la Nov. 115, c. 3 e 4, Giustiniano ha introdotte particolari disposizioni circa la instituzion necessaria e la diseredazione de' parenti in linea retta: per le quali, unite con le precedenti, egli è da veder primieramente quali sieno i parenti a cui la legittima è dovuta, ed in che questa consista (*portio s. pars legitima*) (1); poi, quali sieno le persone che debbono essere instituite eredi, anche quando il testatore le restringe alla legittima, ne' casi in cui non possono essere escluse (2).

§. 679. 2. *Delle persone che vi hanno dritto.*

Le persone alle quali la porzion legittima è dovuta, sono:

1. I discendenti naturali del testatore, i quali sarebbono venuti alla sua successione ab intestato: ondechè i figliuoli legittimi e legittimati han dritto di domandarla a' lor genitori e agli avoli delle due linee, i figliuoli illegittimi solamente alla madre ed agli avoli materni (§ 643) (3). Quant' è a' figliuoli adottivi:

(1) Paolo, IV, 5. — Cod. Gregor. II, 8. — Inst. II, 18. — Dig. V, 2. — Cod. III, 28. — Nov. 18, c. 1; 115, c. 3, 4. — Donean, *Comm.* XIX, 4. — Chifletius, *De portionibus legitimis*; *Thes.* t. V. — Westenberg, *Diss. IV de port. legit.* Hann. 1746. — Zepernick, *Hist. jur. civ. de legit. port. parentum*. Halæ, 1773. — Mœller, *Die Lhere etc.* Amberg, 1801. — Cralle, *Comm. historico juridica de port. legit.* Bonnæ, 1820. — Schrader, *Comm. nexu succ. ab int. et quer. inoff. test.* Gœtt. 1802. — Klenze, *Diss. querelæ inofficiosi testam. etc.* Berol. 1821. — Francke, *Das Recht etc.* Gœtt. 1831. — Muhlenbruch, *Contin. de' Comm. di* Gluck, XXXV e XXXVI.

(2) Il soldato che testa *jure militari* non è tenuto a stare alle disposizioni relative agli eredi legittimarii, purchè non abbia ignorato di avere eredi siffatti (a): § 6, J. II, 13. — const. 9, 10, VI, 21. — V. const. 17, ibid. e const. 37, III, 28.

(3) Pr. § 1, J. II, 18. — fr. 29, § 1, 3, V, 2. — § 5, J. II, 13.

(a) Perchè conoscendo di aver per esempio figliuoli, e passandoli sotto silenzio, era ordinato che cosiffatto silenzio valesse per una espressa diseredazione; ma ignorando averli, come a dire se gli si fosse falsamente riferito il suo figliuolo esser morto, dall'affetto comunemente inspirato dalla natura ne' genitori inverso i figliuoli si argomentava che, sapendo il vero, avrebbe fatto altramente; e secondo i casi, si dava rimedio. (*Trad.*).

a) Gli arrogati e gli adottati da uno ascendente possono dimandar la legittima al loro padre adottivo (1), ma rispetto alla succession del loro padre naturale, fa luogo esaminare se, giusto la Nov. 118, essi vengono alla costui successione siccome figliuoli o solamente come cognati (2).

b) Gli adottati da uno stranio (*ab extraneo*) han dritto alla legittima del loro padre carnale, senza poter pretenderla da quello adottivo (3).

c) Per contrario, gli adottati da una donna hanno eziandio dritto alla legittima della lor madre adottiva (4).

2. In mancanza di discendenti, gli ascendenti naturali del testatore, purchè tali che avrebbero eredato ab intestato (5), e dopo questi i suoi fratelli e sorelle germani e consanguinei (*germani et consanguinei*) han dritto alla legittima; ma perchè i fratelli e sorelle abbiano tal dritto, bisogna che il testatore abbia ordinato erede una persona ignominiosa (*persona turpis*) (6). I fratelli e sorelle uterini (*uterini*) (7) ed i figliuoli de' fratelli e sorelle non hanno dritto alcuno a legittima (8).

§. 680. 3. *Della quantità della legittima.*

La legittima è sempre una parte di quel tanto de' beni, che colui il quale ha dritto di domandarla avrebbe avuto, succedendo ab intestato (9). Da principio, per analogia della legge Falcidia, essa componevasi in tutti i casi del quarto de' beni che gli sarebbero toccati ab intestato, qual che per altro fosse il numero di quelli che avean dritto alla legittima (10). Ma dipoi Giustiniano aumentò la porzion legittima a pro de' discendenti, ordinando che se vi erano quattro o meno discendenti del testatore aventi dritto alla legittima, questa si comporrebbe del terzo della porzione ab intestato, e se quelli erano più di quattro, della metà (11). I discendenti che ab intestato sarebber succeduti per istirpi, a stirpi si contano, non già

(1) § 4, J. II, 13. — § 2, J. II, 18. — const. 10, VIII, 48.

(2) *V.* sopra, il § 643.—Vi sono autori i quali negano loro ogni legittima del padre naturale. — Thibaut, *Sistema*, § 810. — Gluck, *Comm.* VII, p. 11.

(3) Const. 10, pr. § 1, VIII, 48.

(4) Perchè la const. 5, C. ibid. li pareggia a' figliuoli naturali. — Gluck, *Comm.* VII, p. 372.

(5) § 1, J. II, 18.—fr. 1; fr. 15, pr. fr. 30, pr. V, 2.

(6) Nonpertanto un autore ha voluto provare, contro a questa sentenza quasi generalmente ricevuta da' moderni, che in dritto romano i fratelli e sorelle non possono mai pretendere una legittima propriamente detta e determinata, ma che solo hanno il dritto di querelare il testamento d'inofficioso, se una turpe persona è stata a loro anteposta, per farle restituir tutto il ricevuto, quanto che fosse. Gluck, *Comm.* XXX 5, p. 95.

(7) Const. 27, III, 28.— Circa il vecchio diritto: fr. 8, § 5, V, 2.— const. 1, 3, C. Th. II, 18, e const. 21, C. III, 28.—Trummern, *Diss. de querela inoff. test. fratribus uterinis haud deneganda.* Erlang. 1783. Questo autore pensa altramente; *v.* contro all'avviso suo: Lorenz, *Diss. utrum Nov. 118 etc.* Gott. 1784.- Hoepfner, *Comm.* § 473. — Gluck, *Comm.* VII, p. 12.

(8) Vero è che la massima parte de' giureconsulti negano la legittima e la querela di testamento inofficioso a' figliuoli di fratelli o sorelle: ma tal dritto (indubitato pel tempo anteriore, § 1, J. II, 18; fr. 1, V, 2; const. 21, 27, III, 28) è molto dubbio se possa egualmente applicarsi dopo le nuove disposizioni della Nov. 118, c. 3, sul dritto di successione ab intestato de' figliuoli di fratelli o sorelle.

(9) Madihn, *De port. legit. etc.* Fr. ad. V. 1788.—Contra: Gluck, *De constituenda legit. etc.* Opusc. fasc. 3; e *Comm.* VII, 29.

(10) § 6, J, II, 18.— fr. 8, § 6, 8, V, 2. — const. 29, III, 28.— Perciò nelle Pandette e nel Codice ordinariamente essa è chiamata *quarta*, o anche *Falcidia*. Const. 31, ibid.

(11) Nov. 18, c. 1. Da ciò questi si noti versi:

Quatuor aut infra natis, dant jura trientem,
Sed dant semissem liberis, si quinque vel ultra.

per capi; di guisa che le persone appartenenti alla medesima stirpe son contate per una sola persona (1). La legittima degli ascendenti e de' fratelli e sorelle non ha variato, ma è tuttavia del quarto di lor porzione ab intestato (2).

§. 581. 4. *Del computo della legittima.*

Aggiungeremo i seguenti principj circa la legittima ed il suo computamento.

1. Per determinar la sua quantità, bisogna considerare il tempo della morte del testatore, così rispetto al valsente de' suoi beni, come rispetto alle persone ed al loro numero (3).

2. La legittima non può calcolarsi in su' beni del defunto, se non dedotto prima ogni debito (4).

3. Per definir se la legittima è di metà o pur del terzo solamente della porzione ab intestato del chieditore, bisogna annoverar tuttequante le persone che avrebbono eredato del testatore s' egli fosse morto ab intestato, epperò coloro ch' egli ha diseredati (5), quelli che han rinunziato alla successione, e la vedova indigente (§ 654).

4. La legittima è una porzione della succession del defunto: il perchè quegli a cui tocca non può domandarla se non dopo la morte di chi gliela debbe (6), e generalmente ha da tener ragione di tutto quanto il defunto gli avesse lasciato per qualsiasi modo, o che per istituzion di erede, o che per lascio, o che per donazione a cagion di morte (7); ma la donazion tra vivi non gli è computata, se non quando gli sia stata fatta espressamente sotto questa condizione (8).

5. Colui che ha degli eredi, a' quali deve una legittima, non può con donazioni tra vivi scemar sua facoltà per guisa ch' egli annichili o anche diminuisca la legittima. La donazione che contravviene a questo principio, si chiama inofficiosa (*donatio inofficiosa*); ma per definir se sia tale, deve considerarsi il tempo in cui fu fatta (9).

6. Finalmente, la legittima ha da provenir dalla sostanza della successione (10), e non può esser fatta onerosa mediante una condizione ovvero un termine (11), nè esser gravata di un peso, per esempio di una cosa da adem-

(1) Tale è almeno l' avviso generale. Gluck, *Comm.* VII, p. 60. Vi sono autori i quali per la legittima di un discendente non guardano al numero delle stirpi in generale, sì bene a quello delle persone di quella stirpe alla quale il discendente appartiene; per modo che secondo essi, poniamo che un figliuolo venga alla successione con sei nipoti nati d' un figliuolo premorto, la legittima del figliuolo sarà del terzo, quella de' nipoti di metà della porzione ab intestato.

(2) I più degli autori veramente dissentono, pretendendo che l' accrescimento della legittima per la Nov. 18, c. 1, si riferisca a tutti quelli che han dritto di chiederla.—Gluck, *Comm.* VII, 24.

(3) Const. 6, III, 28. Vero è che questa e le seguenti const. parlano ancora dell' antica legittima; ma Giustiniano non ha niente cangiato in ordine a ciò.

(4) Fr. 8, § 9, V, 2.—fr. 39, § 1, L, 16.

(5) Fr. 8, § 8, V, 2. Il che ordinariamente esprimesi con le seguenti parole: *Exheredatus numerum facit ad augendam et partem facit ad minuendam legitimam.*

(6) Giusto la regola: *Hereditas viventis non datur.* — V. § 632.

(7) Fr. 8, § 6, V, 2.— const. 29, 30 pr. III, 28.

(8) Fr. 23, pr. V, 2. — const. 35, § 2, III, 28. — const. 20, § 1, VI, 20.

(9) *V.* sopra, il § 465 e gli autori ivi indicati.

(10) Const. 36, § 1, III, 28. Nondimeno se colui che ha dritto alla legittima, è instituito *in re certa*, non ha dritto a dimandar la divisione di tutti i beni della successione; egli può solo dimandare il valsente di ciò che gli è stato lasciato e, secondo le circostanze, un supplemento per compir la sua porzione.

(11) Const. 32, 33, pr. III, 28.—Nov. 18, c. 3. Però, può imporsi un carico a chi riceve la legittima, quando in cambio gli si dia un vantaggio sotto espressa condi-

piere, di un legato, o di un fedecommesso: tutte le quali *modalità* si tengono per non scritte (1).

§. 682. E. *Della necessità d'instituire o diredar talune persone* (2). 1. *Quali sieno queste.*

Gli eredi *legittimarii* (3) sono generalmente tutte le persone alle quali un testatore deve di necessità aver risguardo; ma nondimeno havvi tra essi una molto importante differenza. Imperocchè, i discendenti e gli ascendenti debbono essere o formalmente instituiti eredi, o espressamente esclusi di tutta la successione (4). Anche quando non altro ricevono che la lor porzione legittima, debbono ad ogni modo essere instituiti: ma purchè sieno instituiti, nulla impedisce che la quantità della loro legittima sia lor lasciata per qualunque altra guisa, per esempio sotto la forma di legato (5). Per questo appunto, che i discendenti e gli ascendenti del defunto debbono esser formalmente instituiti o espressamente esclusi, sono essi detti *eredi legittimarii*, in senso ristretto (6). I fratelli e sorelle han dritto alla legittima, quando una persona infame o vile è stata instituita, ma non è rispetto a loro richiesta la instituzione o la espressa esclusione (7), bastando che la legittima sia lor lasciata per qual modo si voglia. Essi adunque non sono eredi legittimarii nel senso ristretto (8), nel qual noi d'ora innanzi usiamo siffatta espressione.

§. 683. 2. *Delle specie di esclusione.*

Cosicchè gli eredi legittimarii debbono essere o espressamente instituiti, o formalmente esclusi. La esclusione da tutta la successione è in dritto romano o una diseredazione *(exheredatio)* o una preterınissione *(praeteritio)*.

La diseredazione è la dichiarazione espressa del testatore che un erede di cui la legge l'obbliga di fare una formal menzione, sia escluso *(exheres)*. Essa non può esser fatta se non in un testamento, nè può esser sottoposta,

zione che non ne abbia a profittare, se ricusa il carico: ch'è ciò che chiamasi *cautela Socini*, dal nome di Mariano Socino il giovine, giureconsulto italiano vissuto nella prima metà del XVI° secolo, il quale primo dichiarolla ammessibile in un suo consulto sopra un testamento che la conteneva.

(1) La const. 12, III, 28, contiene una eccezione.

(2) Ulp. XXII, 14-23. — Caio, II, 123-137. — Inst. II, 13. — Dig. XXVIII, 2. — Cod. VI, 28, 29. — Pel dritto nuovo, soprattutto: Nov. 115, c. 3-5. — Doneau, *Comm.* VI, 12-15. — Noodt, *De liberorum exher. et præter.* L.-B. 1692. — Van de Poll, *De exh. et præt. romana et odierna.* Amst. 1700. — Heise, *Diss. de succ. necess.* Gœtt. 1802. — Mayer, *Diss. an et quat. princ. jur. rom. de succ. necess. etiam ad pacta succ. appl. possint.* Goett. 1805. — Hubner, *Disp. jur. civ.* I, 9. — Foester, *Diss. de bon. poss. liberum præterit. etc.* Vratislav. 1823.

(3) Espressione moderna, trovala per indicar quelli che han dritto a ricevere una porzione legittima della successione; i quali si chiamano anche modernamente *necessarii*, ma all'autore non piace questo nome per la ragione che si vedrà nella nota 6. *(Trad.)*

(4) Fr. 30, XXVIII, 2. — Nov. 115, c. 3, pr.

(5) Const. 30, pr. § 1, III, 28. — V. Nov. 115, c. 3, pr.

(6) I moderni li chiaman pure *heredes necessarii*, ma non conformemente alle fonti del roman dritto, dove erede necessario intendesi quello che di necessità deve diventare erede, quando per qualsiasi motivo una succesione è a lui deferita.

(7) Perciocchè Giustiniano nel § ult. J. II, 18 e Nov. 18 c. 1, per quel che concerne i fratelli e sorelle, non ha nessun cangiamento fatto all'antico dritto, secondo il quale si potea lasciar loro la legittima a quel modo che si voleva.

(8) La vedova indigente non appartiene a cotali eredi legittimarii, vale a dir che non è necessario ch'ella sia instituita per la rata a lei spettante.

del pari che la instituzion di uno erede legittimario, a condizione alcuna (1); oltre a che, deve farsi *ab omnibus heredibus* ed *ab omni gradu* (2) (3).

Colui che non è formalmente instituito o diseredato, dicesi *praeteritus* (4). Il padre è sempre tenuto, sotto pena di nullità, a diseredar gli eredi suoi (*sui*) e postumi (*postumi*) (5), parimente che gli emancipati; ma la madre può omettere, passar sotto silenzio (*praeterire*) i suoi figliuoli: ed il medesimo è di costoro rispetto a' lor genitori (6). Giusta le disposizioni di Giustiniano, la diseredazione e la omessione non sono ammesse senza un legittimo motivo, il quale dev' esser indicato nel testamento (7).

§. 684. 3. *Delle cause di esclusione.*

A. Le cagioni che permettono agli ascendenti di diseredare o preterire i loro discendenti, sono le seguenti (8):

1. Se i discendenti mettono loro le mani addosso.
2. Se indrizzan loro delle ingiurie gravi.
3. Se li accusano di un delitto che non sia contro lo stato o contro il principe.
4. Se usano con avvelenatori e partecipano in avvelenamenti.
5. Se tentano di far morire i loro ascendenti con veleno o di qualunque altra maniera.
6. Se il figliuolo ha commercio carnale con la moglie o concubina di suo padre; il qual principio si applica egualmente al caso del nipote con la moglie dell' avolo, ma non già a quello della figliuola col marito della madre.
7. Se il figliuolo o nipote dà qualche falsa accusa contro gli ascendenti, e per tal via cagiona ad essi una gran perdita di loro sostanze.
8. Se il figliuolo o nipote, sollecitato dal padre o dall' avolo imprigionato per debiti, di entrar mallevadore per lui e farlo riporre in libertà, rifiuta di farlo, benchè possa.
9. Se un discendente ha impedito a' suoi ascendenti di fare un testamento o pur modificarne uno già fatto (9).

(1) Fr. 3, § 1, XXVIII, 2. — fr. 18, XXXVII, 4. — fr. 68 in fine, XXVIII, 5. — fr. 15, XXVIII, 7. Nondimeno un erede *suo* può esser diseredato condizionalmente, quand' è instituito pel caso che una condizione non avverrà; perchè allora non è passato sotto silenzio in alcun caso, tanto se la condizion s' adempie, quanto se no: fr. 86, XXVIII, 5. — const. 4, VI, 25. — La instituzion condizionale di un erede legittimario, senza diseredazione pel caso contrario, è parimente permessa quando l'adempimento della condizione dipende del tutto dalla volontà di siffatto erede: fr. 86, cit. — fr. 20, § 4, XXXVIII, 2. — fr. 1, § 8, XXIX, 4. — fr. 13, XXXVII, 4.

(2) Fr. 3, § 2-4, XXVIII, 2.

(3) Dove per gradi non s'hanno ad intender quelli della parentela, ma quelli delle sostituzioni, come si può vedere in tutto il fr. citato dall'autore, e nelle note sopra quello. *(Trad.)*

(4) § 12, J. III, 1. — « Liberis *praeteritis*, id est neque heredibus institutis, neque ut oportet exheredatis. » — Che s' ha da dir dell' erede *suo* pretermesso, quand' egli si muoia prima del testatore? *V.* Caio, II, 123. — fr. 12, pr. XXVIII, 3. — E quand' egli si astenga? fr. 17 in fine, XXVIII, 3.

(5) *Sui heredes*, eredi suoi, sono in ordine alla instituzione ed alla diredazione, del pari che rispetto alla successione ab intestato, quelli sottoposti alla immediata potestà del testatore insino al punto della sua morte, o che vi sarebbono stati sottoposti se fossero nati nel punto della sua morte *(postumi)*.

(6) Ulp. XXII, 14-23. — Caio, II, 135. — Inst. II, 13.

(7) Nov. 115, c. 3-5. — Weichsel, *Diss. de praeteritione justa adjecta causa.* Gies. 1797.

(8) Nov. 115, c. 3.

(9) In questo caso, se i genitori muoiono senza poter fare la diseredazione, il figliuolo è escluso dell' ordine di successione, come indegno.

10. Se il figliuolo contro alla volontà de' genitori si ascrive in una compagnia di gladiatori o di mimi (*arenarii, mimi*), e vi resta malgrado le rimostranze di quelli.

11. Se la figliuola o la nipote ch'era in via di fare un buon parentado, ed alla quale i suoi genitori offrivano una dote, ricusa di maritarsi e preferisce menar vita disonesta: ma se i genitori hanno impedito che la figliuola, benchè di età maggiore, prendesse marito, la colpa de' suoi disordini è loro (1).

12. Se i discendenti non han preso con sè il lor discendente caduto in demenza (2).

13. Parimente, se non lo hanno riscattato da' nemici (3).

14. Se i discendenti di persone ortodosse si son convertiti a qualch' eretica setta.

B. I discendenti poi possono diseredare o preterire i loro ascendenti per le seguenti ragioni (4):

1. Se sono stati accusati da essi di un delitto punito di morte, salvo che il delitto non fosse contro allo stato ovvero al principe.

2. Se gli ascendenti insidiano alla lor vita con veleno o in qualsiasi altro modo.

3. Se il padre ha che fare con la moglie o concubina del suo figliuol di famiglia.

4. Se i genitori impediscono a' figliuoli di testar di que' beni de' quali la legge permette loro di disporre per testamento.

5. Se l' un de' genitori avrà dato veleno all' altro perchè perdesse la ragione, o pur con questo o qualunque altro mezzo avrà cercato di farlo morire.

6. Se i figliuoli o uno d'essi impazzando, i genitori non ne abbiano la necessaria cura.

7. Se gli ascendenti non fanno il lor potere per redimere il figliuolo caduto nelle mani de' nimici.

8. Se i genitori di un ortodosso si macchiano di eresia.

Altri motivi, che quelli indicati, non giustificano la diseredazione nè la pretermissione (5). Bene si accorda co' generali principj di dire che la riconciliazione faccia cessar gli effetti di tali motivi; ma pure questo punto è controverso (6).

§. 685. F. *Delle conseguenze della esclusione illegale* (7). 1. *In generale.*

La legge adunque impone al testatore alcune obbligazioni rispetto a' suoi

(1) Un matrimonio contratto contro la volontà de' genitori non è un motivo di diseredamento (Nov. 115, c. 3, § 11); ma fa perdere il dritto di domandare una dote.

(2) Se l'ascendente muor pazzo, la successione va a colui che l' ha raccolto (§ 654), ed i figliuoli instituiti nel testamento fatto prima della pazzia, restano esclusi come indegni; ma fuorchè questo, che chi ha curato il defunto piglia il luogo de' discendenti, tutte le altre disposizioni restano valide. Nov. 115, c. 3, § 13.

(3) Nov. 115, c. 3, § 13.

(4) Nov. 115, c. 4.

(5) Perciocchè la Nov. 115, c. 3, dice espressamente: « Ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur. »

(6) Arg. § 12, J. IV, 4. — fr. 11, § 1, XLVII, 10. — Gluck, *Comm.* VII, 217. Alcuni autori distinguono tra la riconciliazione avvenuta prima del testamento e quella ch'è fatta dopo. — Hœpfner, *Comm.* § 478, nota 7. — Muhlenbruch, *Pand.* § 683.

(7) Oltre alle opere citate sotto il § 678 e 682, son da notar le seguenti: De Retes, *Ad tit. bon. poss. etc.* Meerman *Thes.* t. 6, p. 489. — Stein, *Versuch einer etc.* Erlang. 1798. — Koch, *Bon. possessio.* Giess. 1799. — Gluck, *Comm.* VI, VII, §

eredi legittimarii; le quali egli non adempiendo, le ultime sue disposizioni soggiacciono alle seguenti conseguenze diverse:

I. Se gli eredi legittimarii sono instituiti, non possono oppugnar le disposizioni del testamento, neppur quando il testatore non abbia lor lasciato la loro porzion legittima tutta quanta; ma potranno solo in tal caso dimandare un supplemento, ancorchè il testatore non lo avesse espressamente ordinato (*licet non fuerit adjectum*) (1). La stessa regola si applica a' fratelli e sorelle, a cui la legittima non sia stata lasciata intera (2).

II. Ma se gli eredi legittimarii sono del tutto esclusi, fa luogo distinguere il vecchio diritto stato innanzi alla Nov. 115, dal nuovo che le tenne dietro.

A. Per l'antico dritto:

1. Gli eredi passati sotto silenzio nel testamento del padre loro, poteano impugnarlo in ragion civile siccome nullo o pur rotto (*nullum*, *ruptum testamentum*), secondochè al tempo che fu fatto essi erano già *suoi*, o tali son divenuti dappoi (*postumi*) (3): quant'è agli emancipati posti da canto, erano questi ammessi a domandar la *bon. poss. contra tabulas*; la qual peraltro era egualmente concessa agli eredi *suoi* pretermessi (4).

2. I figliuoli, o che *suoi*, o che emancipati, formalmente diseredati dal padre, non poteano aiutarsi d'altro che della *querela inofficiosi testamenti*, se riusciva lor di provare ch'erano ingiustamente (*inique*) diseredati (5).

3. Il testamento della madre e de' figliuoli non si poteva nello stesso caso oppugnare, se non similmente con la querela d' inofficioso. La ragion è che questi figliuoli non essendo mai sotto la potestà della madre loro, non possono in alcun caso diventarne eredi *suoi*; ond'è quell'assioma, che il silenzio dalla madre tenuto nel suo testamento, *tantum facit quantum exheredatio patris* (6).

4. Il simigliante era del testamento de' fratelli e sorelle, quando il testatore aveva ordinato erede una persona ignominiosa, senza lasciar la legittima a' suoi fratelli e sorelle (7).

La querela *nullitatis*, la possession de' beni *contra tabulas*, e la querela *inofficiosi testamenti*, avean tutte per effetto di rendere il testamento radicalmente nullo (8).

B. Il dritto nuovo, ossia la Nov. 115, c. 3, 4, 5, ordinò:

1. Che quanto a' fratelli e sorelle, l'antico dritto di contraddire al testamento mediante la querela d' inofficioso sussisterebbe con tutti i suoi effetti.

2. Quanto a' genitori ed a' figliuoli, Giustiniano volle che fossero mai scon-

535-61. — Schweppe, *Diss. de querela inoff. test. etc.* Gœtt. 1803. — Planck, *Diss. de nexu et habitu inter diversas succ. necess. species etc.* Gœtt. 1806.

(1) § 3, J. II, 18. — const. 30, pr.; const. 35, § 2; const. 36, III, 28. — Nov. 115, c. 5, pr. — Gluck, *Comm.* t. 7, p. 147. — De Schleinitz, *Comm. de actione qua ad supplendam legitimam agitur.* Goett. 1819.

(2) Heinecken, *Diss. de parent. et fratr. ex L. 30 C. de inoff. test. agere valentibus.* Helmst. 1762.

(3) Ulp. XXII, 14 seg. — Caio, II, 123 seg. — pr. § 1, J. II, 13. — fr. 30, XXVIII, 2.

(4) Ulp. XXII, XXIII, XXVIII, 2-4. — Caio, II, 135. — § 3, J. II, 13. — fr. 8, pr. XXXVII, 4.

(5) Fr. 1-3, V, 2. — fr. 10, § 5, XXVII, 4. In questo caso, però, gli emancipati doveau da prima domandar la *bon. poss. ex edicto unde liberi*, la quale perciò chiamavasi pure *bon. poss. litis ordinandæ gratia*: fr. 6, § 2; fr. 7; fr. 8, pr. V, 2.

(6) § 7, J. II, 13. — § 1, ibid. 18. — const. 17, 28, III, 28.

(7) Const. 27, ibid.

(8) Ulp. XXIII, 16, 18. — § 1, J. II, 17, — fr. 10, § 2, XXXVII, 5. — fr. 8, § 16; fr. 28, V, 2. — fr. 7, XXVIII, 2. Nonpertanto i legati fatti nel testamento a' discendenti ed agli ascendenti del testatore conservavano i loro effetti nel caso della *bon. poss. contra tabulas*: fr. 1, pr. § 1; fr. 3, § 1; fr. 5, § 2, XXXVII, 5.

pre tenuti d' instituirsi eredi, e che una totale esclusione o per via di diseredazione o pur di omissione non fosse ammessa, se non quando il testamento facesse menzione di una delle speciali cause determinate dalla Novella. Il testamento contrario a questa disposizion di Giustiniano può essere impugnato, sia che il testatore non abbia indicato alcuna causa di diseredazione, o che quella da lui mentovata non sia conforme alla legge, o che sebben legale, non sia vera. Ma i giureconsulti non si accordano circa i mezzi d' impugnar così fatto testamento:

a) Gli uni vogliono che sia sempre impugnato mediante la *querela nullitatis ex jure novo*; ch'è il sistema di nullità puro (1).

b) Altri pretendono che non si possa impugnarlo altrochè mediante la *querela inofficiosi testamenti*; ch'è il sistema detto di inofficiosità puro. Ma secondo così gli uni che gli altri, l'azione non ha più altro effetto, che di annullar la instituzion di erede; quant'è al rimanente, il testamento vale (2).

c) Finalmente, secondo quelli che tengon la via di mezzo tra' detti due sistemi, il testamento è nullo se nessuna causa o almeno se nessuna causa legale non è addotta; è poi inofficioso, quando la causa menzionata è conforme alla legge, ma non alla verità: il qual sistema chiamasi misto (3). Di questi tre sistemi, par che il secondo sia da preferire (4).

§. 686. 2. *Della querela di testamento inofficioso, in particolare* (5). a. *Chi possa intentarla.*

La querela di testamento inofficioso può essere intentata in primo luogo da' discendenti del testatore, i quali han dritto alla legittima. Se non vi ha discendenti, o pur s' essi non possono o non vogliono usar la querela, questa appartiene a'discendenti a cui la legge concede una legittima, ed a' fratelli e sorelle germani e consanguinei del testatore, quand' egli abbia instituito una turpe persona; ma i fratelli e sorelle uterini sono formalmente esclusi. Quando in ciascuno de' detti casi più persone hanno ad un tempo il dritto di dar la querela, e che una d'esse non può o non cura valersene, la sua parte si accresce alle altre (6); e quando tutti non vogliono o non

(1) Martinus et Axo in glossa ad L. 5, D. *de inoff. test.* et ad Auth. col. 8, tit. 16, c. 3, S. V. nominatim et advers. Si autem hæc observata non fuerint.—Schneidt, *De quer. inoff. test. inter par. et lib. exule.* Wirceb. 1778. — Weber, sopra Hœpfner, *Comm.* § 525, nota 2. — Thibaut. *Pand.* § 819. — Gans, *Scolii su Caio*, p. 295, e *Della success.* t. 2.—Muhlenbruch, *Pand.* Ed. 3, § 775, 776.

(2) Cuiacio, sulla Nov. 18, e *Comm. in L. 3 de lib. et postum.*—Donean, *Comm.* VI, 13.—Duarenus, *Comm. ad tit. D. de inoff. test.* c. 3, *Oper.* p. 174.—Vinnius, *Sel quæst.* II, 21. — Voet, *Pand.* V, 2, § 23. — Malblanc, *Princ. jur. rom.* t. 3, § 697. — Du Roi. *De test. ob exhered. sine elogio factam non ipso jure nullo.* Helmst. 1780. — Hofacker, *Hist. jur. civ. de exher. et præterit.* Tubing. 1782, § 26. — Koch, *Bon. possessio*, p. 140. — Gluck, *Comm.* VII, p. 347. —Valett, *Notherbenrecht*, § 36. — Von Hartitzsch, *Erbrecht*, § 126. — Unterholzner, *Preseriz.*, t. 2, p. 170. — Rosshirt, *Erbrecht*, p. 403. — Du Caurroy, *Instit. spiegate*, app. II, 18.

(3) J. Bassianus et Accursius, *In glossa*, not. 10 cit.—Faber, *In errorib. pragm.* dec. 14, err. 7. — Madihn, *De succ.* 141. —Haubold, *Diss. de diff. inter test. null. et inoff.* Lips. 1784, e ne'suoi *Opusc.* Ed. Wenck, V. I, p. 1.

(4) La espressione *rescisso s. evacuato testamento*, la qual nell' antico dritto usavasi sol parlando del testamento inofficioso, è già bastante prova di ciò. Le parole *quantum ad institutionem heredum pertinet*, non altro sono che una restrizione dalla nuova legge apportata all'effetto della rescissione.— Giuliano, *Epit.* Nov. 115, in questo caso non parla mai di altro che del testamento inofficioso.

(5) *V.* le opere già citate sotto i §§ 678, 682, 685: poi, Doneau, *Comm.* XIX, 2-10. — Gluck, *Comm.* t. 7, § 552-561.

(6) Fr. 16, pr.; fr. 17, pr.; fr. 23, § 2, V, 2.

possono usarla, essa passa a colui o coloro i quali dopo di quei primi sono autorizzati a richiamarsi (1).

§. 687. b. *Contro chi sia diretta.*

Il richiamo d' inofficiosità dev' essere indirizzato contro l' erede instituito nel testamento; ma non prima ch' egli abbia accettata l' eredità (2). Pertanto, quando la querela è data da discendenti, o ascendenti, ell' ha luogo contro qualsiasi erede (3); il quale, negando gli attori che la causa della lor diseredazione sia vera, deve provare il contrario (4). Ma i fratelli e sorelle non possono querelarsi, se non contro l' erede posto nel novero delle persone disonorate (*personae turpes*); ed allora l' attore ha da provar la turpitudine del reo, e come il testatore non ebbe cagione di preferirlo a lui (5).

§. 688. c. *Dello scopo di questa querela.*

La querela d' inofficioso tende a far rescindere il testamento e restituir la successione. Se il querelante è solo erede ab intestato, egli raddomanda tuttaquanta la successione; se no, può chieder solamente la parte che gli sarebbe toccata ab intestato (6), salvochè non si tratti d' un dritto di accrescimento (§ 686) (7). Il medesimo è de' fratelli e sorelle, i quali possono andar contro alla persona ignominiosa solamente per la lor porzione ab intestato; e nel caso che una persona onorata ed una disonorata sieno instituite insieme, per la sola parte dalla volontà del testatore attribuita alla seconda (8).

§. 689. d. *Degli effetti della querela.*

A. Se alla querela è fatta ragione, è mestieri in quanto agli effetti ad essa conseguenti fare le distinzioni che seguono:

1. S' essa è intentata da discendenti o ascendenti (*querela ex jure novo*, § 685), del testamento non s' annulla mai altro che la instituzion di erede; la qual medesima talora è invalida del tutto, tal altra soltanto in parte, secondochè l' attore ottiene una rescission totale o solamente particolare (§ 688): ma tutte le altre disposizioni del testamento, epperò i legati ed i fidecommessi, restano validi (9). Pertanto:

a) Allorchè la instituzion di erede è del tutto atterrata, la successione si deferisce ab intestato, e quegli eredi medesimi i quali non avean dritto di querelare il testamento, profittano di tale ordine di successione (10).

b) Quando poi l' instituzione è sol rescissa in parte, la successione è deferita in un ordine misto: essa è ab intestato, quanto alla porzione otte-

(1) Giusta i principj stabiliti nel § 646, 3. — *V.* pure: fr. 1, § 7, XXXVIII, 8. — fr. 31, pr.; fr. 14, V, 2. — const. 34, III, 28. — Gluck, *Comm.* VII, 380.

(2) Fr. 8, § 10, V, 2.

(3) Fr. 8, § 2, ibid. — Essa parimente ha luogo contro chiunque piglia il posto dell' erede: const. 1, 10, III, 28.

(4) Nov. 115, c. 3, § 14 in fine: «Sive igitur omnes — decernimus.» *V.* const. 4, § 9, ibid.

(5) Fr. 5, 24, V, 2. — const. 27, III, 28.

(6) Fr. 8, § 8; fr. 19, V, 2.

(7) Fr. 17, pr.; fr. 23, § 2, ibid.

(8) Fr. 24, ibid. — const. 3, C. Th. II, 19. — const. 27, C. III, 28. Un autore diversamente opina che quando la parte che la persona infame dovea ricevere, non equivale alla porzione ab intestato del fratello o della sorella querelante, allor per compiere tal porzione deve esser data la querela eziandio contro la persona onorata.

(9) Nov. 115, c, § 14 in fine. — *V.* c. 4, § 9, ibid.

(10) Nov. 115, ibid. Pertanto, se fosse provato che l'attore non era l' erede ab intestato *più prossimo*, l'aver guadagnato il processo non gli varrebbe a niente: fr. 6, § 1, V, 2.

nuta dall' attore; testamentaria, quanto alla parte restante all' erede instituito. I debiti ed i legati sono sopportati da ciascuno in proporzion della parte da lui raccolta (1).

2. Ma quando la querela è mossa da fratelli e sorelle *(querela ex jure veteri*, § 685*)*, vuolsi egualmente distinguere:

a) Allorchè una turpe persona è stata sola instituita, e che la instituzione è totalmente rescissa, il testamento è annullato del tutto, e la successione si deferisce ab intestato, prendendo lor parte anche quelli che nessun dritto avevano di querelarsi; ma quando la institucion della persona ignominiosa non è interamente rescissa, la successione è come sopra deferita in un ordine misto, ed i legati rimangon valevoli.

b) Quando due persone, una onorata e l' altra no, sono state instituite, ha luogo il medesimo: soltanto la instituzion del disonorato è rescissa o in tutto o in parte, secondo la quantità della porzione ab intestato degli attori, mentrechè la instituzion dell' altro resta valida, e così pure i legati (2).

B. Se la querela fallisce, cioè se l' attore ha il torto, il testamento naturalmente è mantenuto, ed il querelante perde generalmente a titolo di pena tutto ciò che dal testamento eragli dato (3).

§. 690. e. *Delle qualità particolari della querela.*

Noi noteremo ancora le segnenti cose circa la querela di testamento inofficioso:

1. Essa è un rimedio straordinario, al quale non si può ricorrere se non quando non si abbia alcun altro modo per ottener tutta o parte dell' eredità (4).

2. Dev' essere intentata entro cinque anni dall' accettazion di eredità fatta dall' erede testamentario (5).

3. Ella si trasmette veramente a' discendenti di chi può intentarla, purch' egli non vi abbia espressamente rinunziato, o che il termine legale di cinque anni non sia spirato; ma non passa ad altra sorta di eredi, se non quando è stata introdotta vivendo ancora chi vi ha dritto, o quando costui muore intanto che l' erede instituito nel testamento delibera (6).

4. Essa non si ammette mai:

a) Contro il testamento fatto in una spedizione dal soldato, purchè il testatore abbia saputo di avere o di dovere aver degli eredi legittimarii (7).

b) Contro il testamento di un figliuol di famiglia il quale abbia disposto del suo peculio militare, fintantochè il testatore seguita ad esser figliuolo di famiglia; e così neppur contro al testamento che un figliuol di famiglia fa del suo peculio quasi militare *(quasi castrense)*, eccetto quando egli è prete (8).

c) Contro alla sostituzion pupillare fatta dal padre (9).

d) Finalmente, contro alla diseredazione *quae bona mente fit*, cioè a dire quando uno esclude l' erede suo legittimario, sol per suo meglio (10).

(1) Fr. 15, § 2; fr. 16, pr., fr. 19; fr. 25, § 1, V, 2.
(2) Arg. fr. 15, § 2; fr. 24, V, 2.—const. 13, III, 28.
(3) Fr. 8, § 14, V, 2.
(4) § 2, J. II, 18. — V. const. 14, ibid.
(5) Fr. 8, § 17; fr. 9, V, 2.—const. 54, 36, § 2, ibid. — const. 2, II, 41.
(6) Fr. 6, § 2; fr. 7, ibid. — const. 5, 34, ibid. — Woelcker, *Diss. de transitu querelæ etc. ad heredes*. Jenæ 1772.
(7) § 6, J. II, 13. — const. 9. III, 28.— const. 9, 10, VI, 21, comp. con la const. 17, ibid.
(8) Const. 37, ibid. — Nov. 123, c. 19 — Un autore pretende che la Nov. 115, c. 3, 4, e la Nov. 123, c. 9, abbiano del tutto soppresso cotal privilegio dato a' figliuoli di famiglia, almeno in quanto ai suoi discendenti ed ascendenti.
(9) Fr. 8, § 5, V, 2.
(10) Fr. 18, XXVIII, 2. — fr. 16, § 2,

§. 691. II. *Del contenuto contingente de' testamenti.*

Deve adunque il testamento contenere una instituzion di erede diretto, e fare una formal menzione de' legittimarii. Oltre a queste due parti essenziali di ogni testamento, molte altre disposizioni può esso contenere, come a dir sostituzioni, legati, fedecommessi, nominazion di tutori e francazioni di schiavi; le quali cose dipendono del tutto dall' arbitrio del testatore. Della tutela testamentaria s' è già trattato nel § 605; gli affrancamenti appartengono alla storia del dritto; e de' legati e de' fidecommessi noi ragioneremo in trattando de' codicilli, perciocchè possono essere ordinati ed avere effetto tanto in un codicillo quanto in un testamento. Qui dunque non ci rimane da vedere che delle sostituzioni d' un erede diretto, le quali allo stesso modo che la instituzione, possono solamente farsi in un testamento.

§. 692. A. *Della sostituzion volgare.*

La sostituzion volgare (*vulgaris substitutio*) (1) consiste nella nominazione di un altro erede diretto, pel caso che l' instituito non *voglia* o non *possa* diventare erede (2). Essa è sottoposta a' seguenti principj:

1. Chiunque ha il dritto di testare, può parimente fare una sostituzion volgare.

2. Ma siffatta sostituzione non altro essendo che la nomina di un altro erede diretto pel caso che quello instituito non eredasse, non può farsi se non in un testamento, nè sostituire si può se non chi potrebbe essere instituito (§ 675).

3. Essa può farsi a più d' un modo: può sostituirsi al primo erede un secondo, a questo un terzo, ec. (*heredes secundo, tertio gradu scribere*), ed in tali casi ha da applicarsi la regola: *substitutus substituto est substitutus instituto* (3); possono più eredi esser sostituiti ad un solo, e viceversa un solo a più (4); ed anche, più eredi di primo grado e più sostituiti si possono mutuamente sostituire (*substitutio reciproca s. mutua*) (5).

4. La sostituzione ha effetto all' evenimento del caso pel quale è stata ordinata (6). Se il testator dicesse che la sostituzione abbia luogo sol quando il primo chiamato non *voglia* eredare, s' ha da sottindere egualmente il caso che questi non *possa*, e viceversa (7).

5. La sostituzione ha per effetto di mettere il sostituito nel posto medesi-

3, XXVII, 30. — fr. 12, § 2; fr. 47, pr. XXXVIII, 2. — const. 25, III, 28. — Muhlenbruch, *Pand.* § 684.

(1) Caio, II, 174-78. — Ulp. XXII, 33, 34. — Paolo, III, 4, 13. § 4, 5. — Inst. II, 15. — Dig. XXVIII, 6. — Cod. VI, 25. — Doneau, *Comm.* VI, 23. — Il med. *Comm. ad Cod.* VI; 23. — Papillonius, *Tract. De directis her. substit.* Otto *Thes.* t. 4. — Chifletius, *De substit.* ibid. 5. — Ramos del Manzano, *Prael. ad tit. D. de vulg. et pup. subst.*; in prael. Arvar. p. 165. — Tranck, *Diss. de orig. ac nat. vulgaris et pup. subst.* Jenae, 1829.

(2) Noi *qui* non d'altro parliamo che della sostituzione *di un erede diretto*. Ma le sostituzioni sono egualmente permesse ne' legati, fedecommessi e donazioni per causa di morte: fr. 50, pr. XXXI. — const. un. § 7, VI, 51.

(3) § 3, J. II, 15. — fr. 27, 41. pr., 47, XXVIII, 6. — fr. 69, XXIX, 2.

(4) § 1, J. ibid.

(5) Fr. 37, § 1, XXVIII, 5. — fr. 4, § 1, XXVIII, 6. — fr. 64, XXXI. La sostituzion reciproca differisce in più cose dal dritto di accrescimento: fr. 23, 10, 41, XXVIII, 6. — Reuter, *Diss. de subs. recipr. ejusque a jure accrescendi discrimine.* Halæ, 1750.

(6) Fr. 3, XXIX, 2. — fr. 69, ibid. — const. 3, VI, 26.

(7) Arg. fr. 4, pr. XXVIII, 6. — fr. 101, XXXV, 1. — const. 3, VI, 24. — const. 4, VI, 26.

mo di colui al quale sottentra. Egli dunque per regola generale riceve la parte che avrebbe avuto l'altro, salvochè non abbia compagni nella sostituzione, i quali dividono con lui (1).

6. La sostituzione si estingue quando l'instituito o un sostituito anteriore diventa erede (2); quando l'instituito trasmette suo dritto (3); quando il sostituito muore prima dell'instituito (4); quando, nella sostituzion reciproca, il sostituito non ereda siccome instituito (5) (6); quando la sostituzione è condizionale, e la condizione vien meno (7).

Questa volgar sostituzione, per cui niuna formalità non si richiede, ha molta analogia con la instituzion fidecommissaria, e questo è che fa chiamar *compendiosa* la combinazione che talor si fa di tutt'e due (8): però, la instituzion fedecommissaria può esser fatta altresì con codicilli (9). I legati ordinati nella instituzione si trasferiscono nella sostituzione; ma il simigliante non è delle condizioni dal testatore poste alla instituzione, dalle quali non dipende punto il sostituito (10).

§. 693. B. *Della sostituzion pupillare.*

La sostituzion pupillare è quando il padre o l'avolo paterno nomina un erede all'impubere immediatamente sottoposto alla sua paterna potestà, pel caso che costui si morisse prima d'esser giunto alla pubertà (11). Essa è quindi un testamento che il padre fa pel suo figliuolo impubere, il qual non può egli stesso testare fino a che l'età sua non è pervenuta alla pubertà.

1. Questo dritto è una conseguenza della potestà paterna; epperò non compete se non a cui siffatta potestà s'appartenga. Ma oltre a ciò si richiede che i figliuoli o nipoti sieno stati nel momento, che il testamento fu fatto, *sui* ovvero *postumi sui* del testatore: e nonpertanto gli si permette, mediante la formula *legis Juniae Vellejae*, di sostituir pupillarmente a' nipoti non peranco immediatamente soggetti alla potestà sua nell'istante del suo testamento, pel caso che tali si trovino nello stante della sua morte (12).

2. Chi ha il dritto di pupillarmente sostituire, generalmente può nomina-

(1) § 2, J. II, 15. — fr. 24, 45, § 1, XXVIII, 6. — const. 1. VI, 26.

(2) Const. 5, VI, 26. Ma si disputa se la sostituzione, estinta per l'accettazion di eredità dell'instituito, rlviva quando l'instituito dimanda reintegrazione avverso la sua accettazione: fr. 7, § 10, IV, 4.—Vinnio. *Sel. quest.* I, 14.—Voet, *Comm. ad Pand.* XXVIII, 6, § 14. — Coccejus, *Jus controv.* XXVIII, 6, quist. 8.—Walch, *Jus controv.* p. 222.

(3) Qui gli eredi dell'instituito sono anteposti al sostituito, contro all'avviso di Crell, *Diss. utrum herede instituto etc.* Vitemb. 1734. — Il simile è del legatario, al quale s'è sostituito un altro.

(4) Const. un § 4, VI, 51.

(5) Fr. 23, 45, § 1, XXVIII, 6.

(6) Perchè sendo sostituito ad una parte della eredità nella qualità di erede dell'altra, non può andar alla successione come sostituito chi prima non siavi andato siccome erede, cioè non abbia acquistata la qualità di erede instituito, da cui l'altra dipende. *(Trad.)*

(7) Fr. 14, 21, 23, XXVIII, 6.

(8) Questa espressione viene da' glossatori. La sostituzione *breviloqua* si dice quella in cui son combinate la volgare e la pupillare *V.* const. 8, 6, VI, 51.

(9) Fr. 76, XXVI, 1.

(10) Fr. 50, § 1, XXX. — fr. 61, § 1, XXXI. — fr. 62, § 1, ibid. — const. 4, VI, 49.

(11) Caio, II, 179—Ulp. XXIII. 7, 9. — Inst. II, 16.—Dig. XXVIII, 6.—Cod. VI, 26.—Doneau, *Comm.* VI, 25, 26. — Madihn, *Vicissit. subst. impub.*; nelle sue *Exerc. acad.* Halæ, n. 9.—Deneken, *Diss. de succ. ex pup. subst.* Gœtt. 1781.—Kastrer, *Diss. de pup. test. prætērita impuberis matre rato.* Lips. 1788. Questa dissertazione contiene altresì una storia della sostituzion pupillare.

(12) Fr. 2, pr. XXVIII, 6.— Pr. J. II, 16, e Teof. ivi. — Caio, II, 183. — Ulp. XXIII, 7.

re erede a tuttiquanti i beni del pupillo, senza distinguer se provvengano da lui stesso, o se gli abbia acquistati il figliuolo (1).

3. Quand' egli usa questo suo dritto, deve di necessità nominarsi pure un erede diretto (2); il quale del rimanente può esser altro che l' impubere medesimo, perciocchè il padre può per legittime cagioni diseredare il figliuolo, e ciò non ostante pupillarmente a lui sostituire (3) (4). Uopo è dunque che nella sostituzion pupillare si consideri un doppio testamento; quello che il padre fa per se stesso, e quello ch' ei fa pel figliuolo (5). Può egli farli tutt' e due in un medesimo contesto; e similmente farne uno scritto, l' altro a voce (6). S' ei li fa tutti e due *ad un tempo*, non è obbligato di adempier le formalità ordinarie se non solo una volta, e nulla monta ch' egli nomini in prima l' erede suo proprio o quello del figliuolo (7): ma facendoli in diversi tempi, deve far prima il suo, ed osservar le ordinarie formalità per ciascuno de' due (8). Quant' è al testamento del figliuolo, dev' esso risguardarsi sempre come una parte costituente e come il supplemento di quello del padre; ond' è che insiem con esso sussiste e rovina (9).

4. Il padre non è peraltro in guisa alcuna circoscritto, nè quanto alla persona del sostituito, nè quanto al numero, nè quanto al grado della sostituzione: il perchè può bene escludere i legittimarii del figliuolo (10).

5. Non gli è lecito sostituire per oltre a quella età nella quale il figliuolo non è abile a testare; ma può farlo per minor tempo (11).

6. Quando il padre instituisce il figliuolo, non solamente può egli espressamente combinare la sostituzion volgare con la pupillare *(substitutio duplex)*, ma anzi quando egli nomina una sola sostituzione, l' altra è tacitamente sottintesa sempre ch' egli non abbia dichiarato il contrario (12).

7. La sostituzion pupillare si estingue quando il testamento paterno è nullo (13);

(1) Fr. 10, § 5, ibid. Ma il padre arrogatore non può sostituir pupillarmente altrochè ne' beni provvenienti da lui medesimo: fr. 10. § 6, ibid.—*V.* sopra, §582.

(2) Fr. 1, § 3: fr. 2, § 1, ibid.—§ 5, J. II, 16.

(3) Fr. 1, § 2, ibid.—§ 4, J. ibid.

(4) Nel qual caso, ricadendo al fanciullo diseredato qualche cosa per via di eredità, di legati, o di donazioni di parenti e di amici, tutto questo andrà al sostituto (§ 4, J, cit.). E dicono i giuristi, che a' diredati rettamente si sostituisce, stantechè questo dritto del sostituire, parimente che quello di dar tutori, non dalla instituzione di erede dipenda, sibbene dalla potestà propria del padre. Nè costui, dando erede al figliuol diseredato, gli fa torto; che anzi si crede che ciò sia per suo meglio (fr. 42, XXIX, 2; fr. 6, XI, 1). Ma con quali parole dovrà cosiffatta sostituzione essere espressa? Perciocchè non potrà dirsi, come nella sostituzion del figliuolo instituito erede; *Si heres erit, et intra pubertatem decedet*; ma solamente dovrà esprimersi la seconda parte di tal condizione. Ondechè la formula sarà questa: *Titius haeres esto: Filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.* *(Trad.)*

(5) § 2, J. II, 16.—Caio. II, 180.—Brunnemann, *Subst. pup. vel. quasi duplex testamentum.* Lips. 1788.

(6) Fr. 20, § 1, XXVIII, 6.

(7) Fr. 20, pr, ibid.

(8) Fr. 2, § 4—7, ibid.

(9) § 5, J. II, 16.

(10) Fr. 8, § 5, V, 2.

(11) Fr. 7, 14, XXVIII, 6.—*V.* fr. 21, ibid.

(12) Caio II, 179, 180.—fr. 1, § 1; fr. 4, pr. ibid.—fr. 29, XXVIII, 2.—pr. J. II, 16.—const. 2, 4, VI, 26. Un autore pretende che la sola sostituzion volgare tacitamente inchiude la pupillare, ma che il simile non è viceversa.

(13) § 5, J. II, 16. Ma se il figliuolo fosse instituito, la sostituzion pupillare terrebbe, anche quand' egli eredasse non *ex testamento*, ma *ab intestato*: fr. 2, § 1, XXVIII, 6.—Parimente, la sostituzione pupillare riman valida, per la Nov. 115, c. 3, se il testamento paterno è querelato siccome inofficioso; dovechè nel vecchio dritto cadevano insieme: «*Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit*:» fr. 8, § 5, V, 2 (a).

(a) Intendi, se de' due testamenti onde, per così dire, componevasi la sostituzion pupil-

quando il figliuolo divien pubere (1); quando prima che il padre muoia, egli esce disotto alla sua potestà (2), o pur muore: ma in questo caso, se il figliuolo è stato instituito, la sostituzione è mantenuta siccome volgare, in virtù del principio esposto nel numero precedente (3).

§. 694. C. *Del privilegio de' soldati in materia di sostituzioni.*

Il soldato che fa un testamento militare (§ 668), ha diversi privilegi in quanto alle sostituzioni volgare e pupillare (4).

1. Egli ha il dritto, anche quando l'erede da lui scritto abbia ad effettivamente eredare, di sostituirgliene un altro, ed a questo un terzo, ec., di guisa che il sostituito diventa suo erede diretto (5); dovechè nel testamento di colui che non è soldato *(paganus)*, una cosiffatta sostituzione darebbe soltanto luogo ad un fidecommesso universale.

2. Egli può sostituir pupillarmente anche quando non ha potestà paterna nel figliuolo (6); ha dritto di prolungare la sostituzion pupillare anche oltre alla impubertà, ma sol pe' beni provegnenti da lui medesimo (7); nè si richiede ch' egli nomini uno erede a se stesso, onde consegue che la sostituzion pupillare non si estingue allorchè il testamento suo proprio perde valore (8). La sostituzione fatta *jure militari*, epperò fuor del dritto comune, chiamasi oggi *substitutio militaris*; nè può ad essa applicarsi la regola che la sostituzion volgare è tacitamente compresa nella pupillare (9).

§. 695. D. *Della sostituzione quasi pupillare.*

A simiglianza della sostituzion pupillare, Giustiniano introdusse un' altra sorta di sostituzione, con dare agli ascendenti di un pazzo o mentecatto il dritto di nominargli un erede pel caso che tale ei si morisse, attesochè non può costui, finch'è privo del senno, testare egli stesso. Cosiffatta sostituzione è da Giustiniano detta *substitutio ad exemplum pupillaris*; oggidì chiamati *substitutio quasi pupillaris*, *s. exemplaris*, *s. justinianea* (10).

1. Qualunque ascendente del pazzo ha il dritto di così sostituire al suo discendente, di qual sesso o grado che questi sia, nè distinguendo se il pazzo sia o no sotto la potestà sua paterna, purchè solamente egli sia suo erede ab intestato (11).

2. Tale sostituzione non può usarsi, se non con quei discendenti la cui demenza è senza intermissione *(qui perpetuo mente capti sunt)*; ma rispetto a quelli, che han de' lucidi intervalli, non ha luogo alcuno (12).

(1) Fr. § 8, J. II, 16. — fr. 7, 14, 21, XXVIII; 6.

(2) Fr. 2, pr.; fr. 41, §2. ibid.

(3) *V.* Cicerone, *De orat.* 1, 39,, 57.

(4) Pupillonius, *De subst.* in Otto *Thes.* c. 4, p. 757.—Bauer, *Diss. de subst. milit.* Opusc. t. n. 5.

(5) Fr. 15, § 4, XXIX, 1.—const. 8, VI, 26, e sopra questa: Roigersius, *Apodicticæ demonstr.* L. — B. 1727. vol. 1, lib. 2.

(6) Fr. 28, XXIX, 1.

(7) Const. 8, VI, 26.—fr. 41, § 4, XXIX, 1,—Schweitzer, *De subst. vulgari tacita*, Jenæ, 1814, p. 19, è di contrario avviso.

(8) Fr. 2, § 1. XXVIII, 6.—fr. 15, § 5; fr. 41, § 5, XXIX, 1.

(9) Const. 8, VI, 26.

(10) Const. 9, VI, 26.—§ 1, J. II, 16. — Doneau, *Comm.* VI. 27. — Giphanius, *Explanatio Cod. ad h. tit.* t. 2. p. 56. — Madihn, *Viciss. substit. exemplaris.* Halæ, 1775.

(11) Ciò risulta dalle parole della cit. const. « *—liceat parentibus legitima portione ei vel eis relicta, etc.* »

(12) Quindi è che se il dimentato ha già fatto un testamento valido, prima che cadesse in demenza, egli non può ricevelare (ciò erano quello proprio del padre, e quello da lui fatto per conto del figliuolo), il primo è invalidato, neppure il secondo varrà. (*Trad*).

3. Il dritto conferito agli ascendenti di sostituire a'lor discendenti matti, non altro essendo che il dritto di fare un testamento per loro, ne viene che ogni ascendente il qual voglia usare tal dritto, può non pur testare di quei beni ch'egli lascia al matto, ma eziandio di quelli propri del matto medesimo. Quando più ascendenti, ciascuno in disparte, sostituiscono quasi pupillarmente al loro discendente pazzo, ciascun sostituito sottentrerà ne' beni lasciati dal suo sostitutore; e quant'è a' beni propri del pazzo, tutti i sostituiti saran considerati come coeredi (1).

4. L'ascendente il qual vuole usar questo suo dritto, deve lasciare al discendente pazzo almen la legittima (2). Quindi necessariamente discende che non si può sostituir quasi pupillarmente al discendente pazzo diseredato per qualche legittima cagione. Non però risulta dal medesimo, che l'ascendente sostitutore debba di necessità fare altresì testamento suo proprio, potendo ben egli morire intestato e solamente testare per conto del discendente suo pazzo: ma s'egli volesse soltanto lasciargli la sua legittima, sarebbe naturalmente obbligato di fare un testamento, perchè il discendente dovrebbe essere *instituito* per la legittima (3).

5. Quando il discendente pazzo ha egli pur de' discendenti, il testatore è tenuto di sostituirne uno, alcuni, o tutti, nè può far sostituzione a pro di uno stranio; se quegli non ha discendenti, il testator deve sostituire uno, alcuni, o tutti i fratelli e sorelle, discendenti suoi siccome il pazzo medesimo: ma non essendovi neppur fratelli e sorelle, può sostituire uno stranio (*extraneum*); e questo dritto ha parimente quando i discendenti o i fratelli e sorelle del pazzo sieno anch'essi fuori di senno.

6. La sostituzione così fatta si estingue allorchè il discendente pazzo ricupera la ragione, allorch' egli muore prima del testatore, o pure il sostituito muore prima di lui (4).

TITOLO IV.

DELLA INVALIDITA' DE' TESTAMENTI.

§. 696. *Sguardo generale.*

Un testamento è tenuto per valido fino a che qualche cagione nol faccia risguardar come invalido insin dal principio, o che tale non l'abbia renduto dappoi (5).

§. 697. I. *De' testamenti invalidi fin da principio.*

Le seguenti cagioni invalidano i testamenti fin dall' origine loro:

re alcuna sostituzione quasi pupillare: § 1, J. II. 12. — A'soli discendenti pazzi si può cosiffattamente sostituire, e non mica a quelli inabili a testare per altre cagioni, per esempio a'prodighi. — Voet, *Pand.* VIII, 6, § 27, è di contrario avviso.

(1) Però le opinioni son molto discordi intorno a ciò. *V.* Thibaut, *Sistema*, § 703. — Muhlenbruch, *Pand.* t. 3, § 675.

(2) Const. 9. VI, 36: «— *liceat parentibus legitima portione ei vel eis relicta, etc.*»

(3) Ammettendo pure che per la const. 9 la legittima possa lasciarsi a qualunque modo, la *instituzione* di un legittimario pazzo è nondimeno necessaria per la Nov. 115, c. 3.

(4) Parecchi autori, argomentando dal fr. 43, pr. XXVIII, 6, ammettono che la sostituzione egualmente si estingua allorchè dipoi sopravvenga un legittimario al discendente dissennato.

(5) Caio, II, 138-151. — Ulp. tit. XXIII, — Iust. II, 17. — Dig. XXVIII, 3. — Doneau, *Comm.* VI, 16.

1. Quando la forma esterna non è stata osservata; nel qual caso il testamento dicesi illegale *(injustum)*, indebitamente fatto *(non jure factum)* (1).

2. Quando il contenuto essenziale del testamento è viziato; come a dir se la instituzion di erede manca o non vale, se le ragioni de' legittimarii non son rispettate, se il testatore non era capace di testare nel tempo che l'ha fatto: in tali casi il testamento è nullo, nè alcuno effetto produce *(testamentum nullum s. nullius momenti)* (2).

I testamenti viziosi nella forma o nella sostanza *(injusta, nulla)* sono invalidi in tuttoquanto il lor contenuto (3), nè possono convalidarsi in ragion civile, neppur quando la cagion di nullità sia tolta dappoi, giusta il noto principio: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (4). Pertanto, poniamo che un testamento sia nullo perchè non contiene nè instituzione nè diseredazion di un legittimario (5), e che costui muoia prima del testatore, il testamento con tutto ciò resta nullo in ragion civile, e solamente il pretore lo lascia sussistere dando all'erede in esso designato la possession de' beni *secundum tabulas* (6).

§. 698. II. *De' testamenti invalidati dappoi.* A. Testamentum irritum.

Un testamento valido in origine può perder valore dipoi per diverse cagioni:

A. Quando il testatore soffre un mutamento di stato. Il testamento con ciò diventa *inutile, irritum*, cioè niente del suo contenuto più vale in ragion civile (7). Ma se il testatore prima ch'egli muoia ricupera quello stato *(statum)* che la mutazione gli avea tolto, il pretore mantiene il testamento e dà agli eredi la possessione *secundum tabulas* (8). Però, se il testamento è diventato inutile per una piccola mutazion di stato del testatore, ritornando egli *sui juris*, il testamento non è mantenuto, se non quando egli dichiari in un codicillo o altro atto, che il suo testamento debba seguitare a valere (9).

§. 699. B. Testamentum destitutum.

B. Quando l'erede instituito nel testamento non vuole o non può accettare, o perch'egli diventi incapace dopo della instituzione, o perchè la condizion posta alla instituzione non si compia, se non v'ha nè coerede nè sostituto che prenda il luogo vacante, il testamento è destituto, *destitutum*; e tale abbandono avea nel vecchio dritto per effetto di toglier valore a tuttoquanto il contenuto di quello (10). Ma non è libero l'erede ab intestato,

(1) Caio, II, 115.—Pr. J. II, 13.—fr. 1, XXVIII, 3, « Testamentum non jure factum dicitur ubi solennia juris defuerunt. »

(2) Caio, II. 114, 116, 123.—§ 4, J. II, 19.—Pr. J, II, 13.—Fr. 1, ibid. Dassi anche ad esso il nome d'*injustum*; per es. fr. 3, § 3, ibid.

(3) Fr. 17, XXVIII, 1.—const. 12, VI, 23. — const. 29, VI, 42.

(4) Fr. 29, 201, 210, L, 17.

(5) Pr. J. II, 13. Questa causa non invalida il testamento di un soldato, per non esser questi obligato alle regole della instituzion di erede e della esclusion de' legittimarii: const. ult. III, 28. – *V.* Nov. 123, c. 19.— fr. 37, § 2, XXIX, 1; e sopra, § 678, note. Ma si richiede che il soldato abbia conosciuto di aver de' legittimarii: fr. 7, ibid. — const. 10, VI, 21.

(6) Caio, II, 123.— fr. 12 pr. XXVIII, 3. — Koch, *Bon. poss.*, p. 311, ec., ed Hugo, sopra quest'opera, in *Gœtt. gel. Anz.* 1799, p. 189. — Valett, *Pand.* § 1008.

(7) Ulp. XXIII, 4, 5. — Caio, II, 145, 146. — § 4, 5, J. II, 17. — fr. 6, § 5, XXVIII, 3. — const. 29, VI, 42.

(8) § 6, J. ibid.—fr 12, pr. XXVIII, 3.

(9) Fr. 11, § 2, XXXVII, 11.

(10) Fr. 181, L, 17. « Si nemo subiit he-

il qual sia instituito nel testamento, di rifiutar la successione *ex testamento* ed accettarla *ab intestato*, con la mira di annullare i legati; salvochè tal facoltà non gli fosse stata espressamente data dal testatore (1). Debbesi parimente ammettere, stando alle disposizioni novelle di Giustiniano in ordine a' fedecommessi ed a' legati, che un testamento non può più divenir destituto pel ripudio dell' crede instituito, a danno de' legatari e de' fidecommissari (2).

§. 700. C. Testamentum ruptum.
1. *Per uno erede legittimario.*

6. Può anche il testamento esser rotto (*ruptum*); e ciò per due differenti modi:

1. Quando dappoi che il testamento è fatto, sopravviene al testatore uno erede legittimario, del quale il testamento taccia del tutto, o almeno non faccia menzione bastante (*testamentum ruptum per agnationem postumi*). Può per altro un cosiffatto erede sopravvenire o per legittimo nascimento, o per via di legittimazione, o mediante adozione, o perchè colui che finora sol per altrui mezzo dipendea dalla potestà del testatore, vi sotteutri a dirittura (3). Nel vecchio dritto questa rottura del testamento invalidavalo tutto (4); ma pel nuovo bisogna consentir ch' esso non vien meno, se non quanto alla instituzion dell' erede, per la cagione di non essersi formalmente escluso il postumo (5). Il testamento rotto per sopravvenimento di figliuol postumo, rimane per sempre invalido in ragion civile, anche quando il postumo muoia prima del testatore (6), o quando resti di esser suo erede legittimario: nondimeno il pretore anche in tal caso dà la possession de' beni *secundum tabulas* (7).

§. 701. 2. *Per disvolere del testatore.*

2. Il testamento rompesi altresì quando il testatore cangia volontà, com'ei sempre può fare: *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (8) (9). Il testatore può mutar volontà:

a) Rivocando il suo testamento, senz' annientarlo, nè farne un altro. Ma questa semplice rivocazione non ha effetto, se non se fatta innanzi a tre testimoni ovvero al magistrato, e dieci anni dopo del testamento (10).

reditatem, omnis vis testamenti solvitur. » — Pr. § 7, J. III, 1.—fr. 9, XXVI, 2. — Zepernick; *Diss. de test. destituti viribus*. Halæ, 1773, 74.

(1) Fr. 1, pr.; fr. 6, § 1, 3, XXIX, 4. — Cod. VI, 39.

(2) § 7, J. II, 23.— const. 2, VI, 43.— const. 7, § 1, VI, 49.—Soprattutto: Nov. 1, c. 1, c. 2, § 2.

(3) Caio, II, 138-45, e Gans, *Scolii* su questi §§. — Ulp. XXIII, 2, 3. — § 1, J. II, 17. — § 1, 2, J. II, 13.—§ 2, J. III, 1. — fr. 29, XXVIII, 2.—fr. 3, § 3, XXVIII, 3. — const. 4, VI, 29. Il testamento del soldato non si rompe per sopravvenimento di un postumo: fr. 7, 8, XXIX, 1.

(4) § 1. J. II, 13.

(5) Nov. 115, c. 3.

(6) Postumo propriamente è il figliuol nato dopo che il padre è morto, ma in materia di successione i romani giureconsulti danno tal nome anco a colui che nasce dopo che il padre ha fatto testamento: fr. 3, § 1, XXVIII, 4; e Gotofr. sul fr. 12, ibid. (*Trad.*)

(7) Fr. 12, pr. XXVIII, 3.

(8) Fr. 4, XXXIV, 4. — Greve, *Diss. de mut. et revoc. test. tam quoad modum quam quoad effectum*. Gœtt. 1789.

(9) È così ricordo aver letto in S. Paolo: « Ubi enim testamentum est, mors necesse est intercedat testatoris: testamentum enim in mortuis confirmatur; alioquin nondum valet, dum vivit qui testatus est. » *Ad Hebr.* c. IX. (*Trad.*)

(10) Const. 6, C. Th. 4, comp. con la const. 27, C. VI, 23, ed il § 7, J. II, 17.

b) Distruggendo il suo testamento a studio: ma per tal modo egli ne annulla sol tanto, quanto ne distrugge o scancella (1).

c) Facendo un nuovo testamento (2): il quale, purchè valido egli stesso (3), annulla il primo di pieno dritto, cioè quand' anche il testatore non ne facesse alcuna espressa menzione (4). Ma se il testatore in processo di tempo annulla il secondo testamento col proposito di ridar valore al primo, questo rimane ciò non ostante nullo, a rigor di ragion civile; ma il pretore dà all'erede in esso instituito la possessione *secundum tabulas* (5).

§. 702. D. Testamentum rescissum.

D. Finalmente, il testamento è rescisso, (*rescissum*), quand' esso è impugnato con l'azione di testamento inofficioso e dichiarato nullo dal giudice (6): la qual materia è stata già da noi discorsa ne' §§. 686-690.

§. 703. *Effetto generale della invalidità de' testamenti.*

In qualunque caso che un testamento è invalido in origine o pure invalidato dipoi, la successione generalmente si deferisce ab intestato (7); eccetto quando il testamento è mantenuto mediante la possession de' beni *secundum tabulas*. Però, quant' è ad un testamento inofficioso, la successione può esser parte testamentaria, e parte ab intestato, allorchè quello è soltanto in parte rescisso (§ 689).

SEZIONE III.

Dell'acquistamento della successione (8).

CAPITOLO PRIMO.

DELL' ACQUISTAMENTO IN GENERALE.

§. 704. *Delle specie di acquisto.*

Qualunque acquistamento di una successione presuppone ch' essa sia stata

(1) Dig. XXVIII, 4.—const. 30, VI 23. — Quant' è al testamento distrutto per caso, ovvero perduto, *v.* fr. 1, § 3, ibid. — fr. 1, § 3, 7, XXXVII, 2. — const. II, VI, 23.

(2) Caio, II, 144. — § 2, J. II, 17. — fr. 2, XXVIII, 3. — Se il testatore ha dichiarato nel secondo testamento che il primo abbia ad egualmente valere, esso riman valido siccome fedecommesso: § 3, J. II, 17. — fr. 12, § 1, XXVIII, 3.

(3) Caio, II, 144. — § 7, J. II, 17. — fr. 2, XXVIII, 3. — const. 21, § 3, VI, 23. Salvochè in un testamento anteriore perfetto non si sieno esclusi gli eredi ab intestato, e quindi instituiti in un testamento posteriore, ma imperfetto nella sua forma; nel qual caso, il secondo testamento avrà effetto, non come testamento, ma come *ultima voluntas defuncti*, purchè cinque testimoni lo confermino con giuramento: const. 21, § 3 cit. — Schott, *Diss. ad orat. Pertinacis de test. post. imperf. prius perfectum haud infirmante*. Lips. 1765.

(4) Eccetto il soldato, *qui cum pluribus testamentis decedere potest*; il che avvenendo, i diversi eredi instituiti debbon considerarsi come coeredi: fr. 19, pr. XXIX, 1.

(5) Fr. 11, § 2, XXXVII, 11.

(6) Nov. 115, c. 3 in fine; c. 4 in fine.

(7) Pr. J. III. 1. — § 6, ibid. 2.

(8) Fonti: Caio, II, 152-173. — Ulp.

deferita (§. 636) (1). Ma quando la delazion della successione, o che da testamento, o che ab intestato, è avvenuta, egli è da fare in quanto all'acquisto la seguente distinzione:

1. Quando la successione è stata deferita di ragion civile (*hereditas*, nel senso ristretto, § 639), vi ha talune persone le quali non possono dispensarsi dal farne acquisto, vale a dir che debbono di necessità diventare eredi, e tali sono di pieno dritto (*ipso jure*) nello stante della delazione, quando bene nulla ne sapessero; dovechè talune altre son per contrario libere di acquistare o rifiutare, nè acquistano in effetto se non espressamente o tacitamente dichiarando di volere (2).

2. Il dritto però di successione pretorio (*bonorum possessio*) non s'acquista giammai di pieno dritto, ma soltanto con l'*agnitio bonorum possessionis* fatta appo il pretore; e quelle stesse persone, le quali di pieno dritto eredano in ragion civile, debbono dimandar la possessione de' beni, se vogliono profittar de' suoi vantaggi (§ 639) (3).

§. 705. I. *Dell'acquisto necessario per ragion civile* (4).

Infra le persone necessitate ad acquistare una succession deferita per dritto civile, e che per conseguente l'acquistano di pieno dritto nello stante medesimo della delazione, il dritto romano annovera le seguenti:

1. Gli schiavi del morto, quando da lui fatti ad un tempo eredi e liberi. Questi si chiamano *necessarii heredes*, e di pieno dritto divengono franchi ed eredi nello stante medesimo della morte del padrone: ond'è chiaro che la qualità di erede necessario risulta nello schiavo dal contemporaneo acquisto della eredità e della libertà, ch'egli fa per virtù dello stesso testamento (5).

2. Gli eredi suoi del defunto (*sui heredes*), i quali hanno da acquistar la successione per dritto civile; poco importando se vi sieu chiamati da un testamento, ovvero ab intestato (6). Per differenziarli dagli schiavi necessariamente eredi (*servi necessarii*), usasi pur di chiamarli eredi suoi e necessari (*sui et necessarii heredes*) (7). Non pertanto il pretore concedeva agli

XXII, 24-34.—Inst. II, 10.—Dig. XXIX, 2.—Cod. VI, 30.

BIBLIOGRAFIA: Doneau, *Comm.* VII, 1-13.—Einestres e di Monsalvo, *Præl. ad tit. D. de acq. vel amitt. hered.* In præl. Corvar. p. 226.—Westphal, *Comm. sist. sulle leggi di produzione ed apertura dei testamenti, di accettazione e di ripudio della successione, de' dritti e de' doveri dello erede, e de' mezzi possessorii e petitorii ad esso competenti.* Lips. 1764.

(1) Perciò la morte di colui che lascia la successione dev'esser provata: fr. 19, XXXIX, 2.—La morte però di un assente, in talune circostanze, si presume.

(2) Inst. II, 19.

(3) Fr. 3, § 3, XXXVII, 1.

(4) Doneau, *Comm.* VII, 1, 2.

(5) Caio, II, 153, 154.—Ulp. XXII, 11.—§ 1, J. II, 19; nel qual luogo è indicato pure il motivo della instituzione de' propri schiavi.

(6) Fr. 14, XXXVIII, 16.—Particolarmente: fr. 11, XXVIII, 2.—Caio, II, 157.—Ulp. XXII, XXIV.—Essi acquistano parimente la successione allorchè sono piccioli fanciulli o pur matti (*infantes, furiosi*), perchè la volontà loro non è richiesta.—§ 2, 3, 8, J. III, 1.—const. 7, § 2, V, 70.—Nondimeno, se un erede necessario è instituito sotto la condizione *si volet*, non acquisterà la successione se non dichiarando la sua volontà: fr. 12, XXVIII, 7.—fr. 86, XXVIII, 5.

(7) *Sui heredes*, quant'è all'acquistamento necessario della successione, son tutti quelli che trovavansi sotto alla potestà del defunto insino alla sua morte, senza distinguer se direttamente o per altrui mezzo, sol che in questo secondo caso la successione sia loro stata realmente deferita. Caio, II, 156.—Ulp. XXII, XXIV.—§ 2, J. II, 19.—fr. 6, § 5, XXIX, 2.—fr. 1, § 8, XXXVIII, 16.—fr. 7, XXXVIII, 6.—Diversamente avvisano: De Lassberg, *Comm. ad jus sui heredis etc.* Jenæ, 1821.—Muhlenbruch, *Contin. Comm.* Gluck, XXXVI, p. 140.

eredi suoi e necessarii, ma soltanto ad essi, la facoltà di rinunziare alla paterna successione (*potestas abstinendi*). L'erede suo, il qual profitta di cotal beneficio, non dismette la qualità di erede da lui acquistata di pieno dritto fin dallo stante della morte del padre, *quia semel heres semper heres manet*; ma il pretore fa come s'egli non fosse erede (1), e tal finzione è cagione che l'acquisto della successione nessun'altra conseguenza più abbia per lui, e nè ben gli faccia nè male. Pertanto egli non è tenuto nè a' debiti nè a' legati; ma pure il testamento non è invalidato dal suo astenimento (2). Del rimanente; l'erede suo non può usar siffatto dritto di astenersi se non fino a ch'egli non s'è intrigato nella successione, e che niuna cosa non ne abbia sottratta (3).

§. 706. II. *Dell'acquisizion volontaria*, *mediante l'*aditio (4).

Tutti gli altri eredi, i quali non son necessarii, non acquistano di pieno dritto la successione a lor ricaduta; ma solamente con la dichiarazione da essi fatta di accettarla (*aditio*) (5). Per altro, è in loro arbitrio così l'accettar la successione, come il rinunziarvi (6). Questa è la ragione che li fa chiamare eredi volontari (*heredes voluntarii*) (7); e quando son contrapposti agli eredi *suoi*, prendono anche il nome di eredi strani (*extranei heredes*) (8).

§. 707. *Nozione e specie dell' accettazione.*

L'*aditio hereditatis*, ch'è quando dire andamento all'eredità, consiste nella dichiarazion fatta dall'erede di accettar la successione a lui venuta (9). Tal dichiarazione può farsi tanto espressamente, quanto tacitamente.

1. Fatta espressamente, essa chiamasi nella successione di ragion civile *aditio hereditatis* (10), e nella succession pretoriana *agnitio bonorum possessionis*. La prima doveva esser fatta dall'erede medesimo; la seconda potea farsi per procura (11).

2. La dichiarazione è tacita, quando l'erede fa degli atti i quali presup

(1) Fr. 12, pr. XI, 1. « Prætor eum, qui abstinuit, non habet heredis loco. »

(2) Caio, II, 158-63.—Ulp. XXII, XXIV. —fr. 57, XXIX, 2. — fr. 30, § 10, XL, 5: «—non est sine herede qui suum heredem habet, licet abstinentem se. » — fr. 9, XXXVII, 7. — fr. 44, XLII, 1. — fr. 27, § 3, XXXVI, 1.—fr. 12, XXVIII, 6. — Vinnio, *Sel. quæst.* II, 23. — Bœhmer, *Electa jur. civ.* I, p. 94. — Kock, *Diss. de liberis suis heredibus etc.* Giess. 1766. — Van Gœthem, *Diss. de suo herede.* Lugd. 1786.

(3) Fr. 71, § 3-8; fr. 91, XXIX, 2. Nondimeno gl'impuberi potevano invocar questo beneficio ancorchè si fossero impacciati nella successione, ed il pubere otteneva di leggieri la restituzione: fr. 11, 12, 57, XXIX, 2, comp. col § 5, II, 19, J. — Caio, II, 163. — La pruova che l'erede siasi intramesso nella successione, deve per altro esser data da colui che afferma il fatto, e nega il dritto all'erede *suo* di astenersi.

(4) Doneau, *Comm.* VII, 3.

(5) Questa dichiarazione rispetto alla *hereditas* dovea sempre farsi dall'erede medesimo: fr. 90, pr. XXIX, 2.—const. 5, VI, 30: ma nel caso della *bonorum possessio*, poteva egli farsi rappresentare: fr. 3, § 7, XXXVII, 1.

(6) § 5, J. II, 10. — Gœthe, *Electa de adit. hered. etc.* Giess. 1783.

(7) Fr. 15, 16, XXIX, 2. — fr. 3, § 3, XXVIII, 5. Pertanto, un erede suo e necessario, instituito a condizion ch'ei voglia eredare, diventava erede volontario: fr. 86, ibid. — fr. 12, XXVIII, 7.

(8) Caio, II, 161.—§ 3, J. II, 19, comp. col § 26, J. II, 20. —§ 7, J. III, 1.

(9) Doneau, *Comm.* VII, 8, 9.

(10) Fr. 45, pr. XXIX, 2.—fr. 95, § 2, XXVI, 3. — Quanto all'antica *cretio*, abolita da Teodosio nella const. 17, VI, 30, vedi: Caio, II, 164-78. — Ulp. XXII, § 25-34. — Hugo, *Rechtsg.* p. 556.—Schweppe, *Rechtsg.* § 454.

(11) Fr. 90, pr. XXIX, 2.—const. 5, VI, 30. — fr. 3, § 7, XXXVII, 1.

pongono di necessità la intenzion sua di accettar la successione e di essere erede. La tacita accettazion dell'eredità prende allora il nome di *gestio pro herede* (1). Di rincontro, la rinunzia espressa alla successione chiamasi *repudiatio;* e quella tacitamente fatta, massime quando durante un certo spazio di tempo l'erede non usa il suo dritto, dicesi *omissio hereditatis* (2). Del resto, l'erede il qual voglia andare alla successione, deve accettarla tal quale è stata a lui deferita, nè può punto accettarla sotto condizione, o in parte (3). Ma s'egli l'avrà rifiutata, non potrà più per modo alcuno accettarla (4).

§. 708. B. *Di chi possa accettare e rinunziare* (5).

Per potere accettare o rifiutare una successione egli è mestieri che colui, al qual essa è deferita, sia persona indipendente e che goda al tempo dell'accettazione o rinunzia l'uso delle facoltà dell'animo ed il dritto di liberamente disporre del suo.

1. Nel vecchio dritto adunque il figliuol di famiglia non poteva accettare o rifiutare una successione a lui deferita, se non d'ordine del suo padre di famiglia (6), a cui per l'accettazion del figliuolo essa andava (7). Il medesimo era quando il testatore avesse instituito lo schiavo altrui; perciocchè questo non poteva andare all'eredità se non per comandamento fattogliene dal suo padrone *(jussu domini)*, al quale egli la acquistava (8). Per dritto nuovo è generalmente necessario così per l'accettazione come per la rinunzia il consentimento del padre e del figliuolo (9); ma il padre consenziente all'accettazione non altro acquista che l'usufrutto de' beni redati dal figliuolo, mentrechè la nuda proprietà se n'aspetta a costui (10). Però siffatta regola è stata determinata e modificata al modo che segue:

a) Quando il figliuol di famiglia è ancor piccolo fanciullo, ovvero assente al tempo della delazion della successione, il padre può veramente da sè solo accettarla o rifiutarla (11), ma il figliuolo in ambo i casi ha il dritto di domandar restituzione avverso l'accettazione o la rinunzia paterna; il qual dritto egli dalla legge ha sempre che sia cresciuto d'anni ovvero ritornato, stia ancor sotto alla potestà del padre, o pur no. Quando il figliuol di famiglia è rintegrato contro l'accettazione del padre, tutti i carichi della successione cadono sopra di questo; ma quando per contrario egli è reintegrato avverso la paterna rinunzia, sopporta egli stesso i pesi della eredità, e solamente al padre è tolto di poterne voler l'usufrutto (12). Morendo il figliuolo nella infanzia, prima che il padre abbia fatta la sua dichiarazione, questi conserva ancora la facultà di accettar per se medesimo (13): ch'è ciò che i moderni chiamano *transmissio ex capite infantiæ.*

b) Quando il figliuol di famiglia è uscito d'infanzia *(infantia major)* al tempo della delazion della successione, e la rifiuta, il padre può accettarla per sè medesimo, a suo proprio pericolo, e senza che il figlio possa pre-

(1) § 7, J. II, 19. — fr. 20, 88, XXIX, 2. — const. 2, VI, 30.

(2) Fr. 95, XXIX, 2.—fr. 1, §4, XXXVI, 4. — Cod. VI, 31.

(3) Fr. 1, 2, 51 § 2, 52 § 1, 53, XXIX, 2. — Bechtold, *Diss. de hered. aditione conditionata.* Giess. 1784.

(4) Caio, II, 169. — Ulp. XXII, XXIX. — § 7, J. II, 19.

(5) Doneau, *Comm.* VII, 4-7.

(6) Fr. 6, pr. § 1-4; fr. 8, § 1; fr. 13, § 3; fr. 36, XXIX, 2.

(7) § 1, J. II, 9. — *V.* sopra, § 191, note.

(8) § 3, J. ibid.

(9) Const. 4; 18, § 4, VI, 30.

(10) Const. 6; 8, § 3, VI, 61.

(11) Const. 3, VI, 9. — const. 18, pr. VI, 30.

(12) Const. 8, § 6, VI, 61.

(13) Const. 18, § 1, VI, 30.

tendervi il menomo dritto: quando per contrario il padre ricusa di acconsentire all'accettazione, il figlio può accettar per sè medesimo, ed il padre non ne acquista l'usufrutto; il figlinol minore però deve in tal caso domandare un curatore per amministrar la successione (1).

2. Un pupillo non può accettare nè rifiutare una successione, se non con l'autorizzazione del suo tutore (2). Ma si distingue:

a) S'egli è ancor piccolo fanciullo, il tutore può accettare per lui; ma se il pupillo in tal età non ha tutore, o se il tutor negligenta di accettare, ed intanto il pupillo si muore fanciullo, la succession ricade a colui che avrebbe eredato quando il pupillo non fosse stato di mezzo (3).

b) Allorchè per contrario il pupillo è uscito dell'infanzia (*infantia major*), egli deve accettar di per sè stesso, ed il tutore interpone perciò la sua autorizzazione: ma non avendo tutore, può farsi autorizzar dal magistrato (4).

3. Egli è fuor di dubbio che in dritto romano un minore pubere possa da sè solo accettare una successione, senza che vi sia bisogno del consenso del curatore (5). Il simigliante è del prodigo, almeno allorchè l'accettazione gli è profittevole (6).

4. Quando una successione è deferita ad un pazzo, fa luogo distinguere:

a) Se la succession paterna è a lui deferita come ad erede *suo*, egli l'acquista necessariamente, stantechè la sua volontà non debba intervenire (7).

b) In ogni altro caso, la succession deferitagli come ad erede volontario non può essere accettata nè da lui stesso, nè da suo padre, nè dal suo curatore (8). Dal dritto nuovo è disposto che il padre ed il curatore debbano chiedere una *possession de' beni* temporanea ed amministrar la successione siccome tutti gli altri beni del matto (9); il quale poi, ricuperando il senno, è tenuto di subito dichiarar se vuole accettare o rifiutar la successione. Ma s'egli muore in sua mattezza, o se guarito non dichiara in modo alcuno la sua volontà (10), o se rifiuta espressamente la successione, colui che l'ha amministrata ha da restituirla a'più prossimi eredi dopo del matto (11).

§. 706. C. *Della eredità giacente.*

Fintantochè uno erede volontario non ha nè espressamente nè tacitamente dichiarato s'ei voglia accettare o ricusare una successione, questa è chiamata *herditas jacens*, e per una finzion di dritto rappresenta il defunto: *hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet* (12). Quindi è ch'essa è capace di acquistare, ma bisogna che l'acquisto non richiegga un fatto determinato da parte dell'acquistante, per esempio una possessione (13). Un curatore la amministra (14). Cosiffatta finzion della legge cessa sittostochè la

(1) Const. 8, pr. § 1, 2, 3, IV, 61.

(2) Fr. 9, § 3, XXVI, 8. — fr. 9, 49, XXIX, 2.

(3) Const. 18, § 2, 3, VI, 30.

(4) Const. 5; 18, § 4, VI, 30. — const. 7, VI, 9.

(5) Const. 12, VI, 30. — Cod. II, 39 e 40.

(6) Fr. 5, § 1, XXIX, 2, comp. col fr. 6, XLV, 1.

(7) § 3, J. III, 1. — fr. 63, XXIX, 2. — const. 7, § 2, V, 70.

(8) Arg. fr. 40, L, 17, combinato col fr. 90, pr. XXIX, 2.

(9) Dig. XXXVII, 3. — const. 7, § 3, V, 70.

(10) Ordinariamente si dice, che in tal caso la successione è irrevocabilmente acquistata al matto, ma le leggi non ne dicono nulla.

(11) Const. 7, § 8, 9, V, 70. — Becmann, *Diss. de acq. hered. dementi delatæ*. Gœtt. 1772. — Rotermund, *Diss. de succ. furioso delata*. Gœtt. 1825.

(12) Fr. 34, XLI, 1. — § 2, J. II, 14. — pr. J. III, 18. — fr. 31, § 1, XXVIII, 5. — fr. 13, § 5, XLIII, 25. — fr. 1, pr. I, 8.

(13) Fr. 61, pr. XLI, 1. — fr. 31, § 5; fr. 40, 44, § 3, XLI, 3. — fr. 1, § 15, XLVII, 4.

(14) Fr. 1, § 4 in fine, L, 4. — fr. 22, § 1, XLII, 4.

eredità sia accettata dall'erede: ma pur si riguarda costui come s'egli l'avesse accettata nello stante medesimo della morte del defunto (1).

§. 710. D. *Delle ragioni d' indegnità rispetto alle successioni ed a' legati* (2).

Parecchi casi vi sono, ne' quali la legge nega all' erede o legatario la parte a lui spettante, per cagion di sua indegnità. In tali casi, che son chiamati *casi d' indegnità*, la legge dice: *heres vel legatarius capere non potest*, ovveramente: *ei eripitur*. La parte così strappata (*ereptitium*) va quando al fisco, quando ad altre persone (3); e l'azione con cui si sostiene il proprio dritto in sulla succession deferita ad uno indegno, è la petizione di eredità (*hereditatis petitio*).

I. Infra' detti casi ve n' ha de' comuni alle successioni ed a' legati. Così:

A. L' erede o legatario è dichiarato indegno, a pro del fisco:

1. S'egli ha morto il defunto, o tentato di farlo morire (4).

2. Se avendo egli impugnato il testamento come inofficioso o come falso, l' azion sua è stata rigettata (5).

3. S' egli s' è segretamente incaricato di rimetter qualche bene a persone dichiarate incapaci (*fideicommissum tacitum*) (6).

4. Se per forza o per fraude ha stornato il defunto dal fare una disposizion di ultima volontà, o dal modificar la già fatta: nel qual caso la successione ed i legati son tolti non pure all' autor della violenza o dell' inganno, ma similmente al terzo che ne ha profittato (7).

5. Se un tutore sposa la sua pupilla, contr' al divieto della legge, i beni da lei lasciatigli vanno al fisco (8).

6. Se un matrimonio proibito dalla legge per cagion di adulterio o d' incesto, ha avuto luogo infra 'l defunto e la persona ordinata erede o legatario (9).

7. Se l' erede o legatario ha mosso contr' al defunto controversia del suo stato (*status ejus*) (10).

8. S'egli ha negletto di eseguir le disposizioni di ultima volontà, delle quali era incaricato; sì veramente che non vi sieno persone preferite al fisco (11).

9. Finalmente, la legge pronunzia la confisca di tutti i beni lasciati a male femmine: ma taluni parenti sono anche in tal caso preferiti al fisco (12).

B. L' erede o legatario è dichiarato indegno, a pro di altre persone:

1. S' egli rifiuta d'incaricarsi della educazione dal testatore impostagli di qualche suo discendente, i beni ad esso attribuiti ricadono a' coeredi, a' sostituiti, agli eredi ab intestato, ed i legati a chi n'era gravato (13).

2. Lo stesso principio si applica all' erede o legatario, il qual non si curi del seppellimento ad esso imposto (14).

(1) Fr. 54, XXIX, 2.— fr. 138, pr.; fr. 193, L, 17. — fr. 24, XLVI, 2.

(2) Dig. XXXIV, 9. — Cod. VI, 35. — Zimmern, *Grundriss des Erbrechts*, app. p. 78. — Rosshirt, *Erbrecht*, § 7.

(3) Fr. 15, pr. XXIX, 5. — fr. 2, § 1; fr. 13, 16, XXXIV, 9. — const. 4, VI, 35.

(4) Fr. 3, XXXIV, 9. — fr. 7, § 4, XLVIII, 20. — const. 10, VI, 35.— Koch, *De bonis hæreditatis heredi occisori tanquam indigno eripiendis*. Lips. 1778.

(5) Fr. 8, § 14, fr. 22, § 2. 3. V, 2. — fr. 5, § 1, 3, 5, 6, 16, XXXIV, J. — fr. 13. § 9; fr. 29, § 1, XLIX, 14.

(6) Fr. 10, XXXIV, 9. — fr. 3, § 4, XLIX. 14.—fr. 103, XXX.

(7) Fr. 1, pr. § 2, fr. 2, pr. XXIX, 6. — fr. 19, XXXIV, 9. — consl. 1, 2, XI, 34.

(8) Fr. 2, § 1, 2. XXXIV, 9.

(9) Fr. 13. ibid.—const. 4, V. 5.

(10) Fr. 9, § 2, ibid.

(11) Nov. 1, c. 1, 4.

(12) Fr. 13, 14, XXXIV, 9. — fr. 41, § 1, XXIX, 1.—const. 3, 6. Th. II, 19.

(13) Fr. 1, § 3, XXVII, 2.

(14) Fr. 12; § 4, XI, 7.

3. Se l'erede o legatario allega una scusa che lo libera della tutela addossatagli, la successione passa a' sostituiti, a' coeredi o agli eredi ab intestato, ed i legati al pupillo (1).
4. Se il legatario o l'erede non disimpegna i carichi impostigli, la sua porzione si parte infra le altre persone onorate nel testamento, e in mancanza di queste, va agli eredi ab intestato (2).
II. Altri casi vi sono, i quali risguardano alle sole successioni. Pertanto:
A. I beni vanno al fisco:
1. Quando l'erede tralascia di denunziare e di perseguitar l'omicidio del defunto (3).
2. Quand'egli, vivendo il defunto, ha fatto convenzioni relative alla costui successione avvenire, senza consenso di lui (4).
3. Quando il testatore ha scancellato il nome dell'erede, o pur revocato il suo primo testamento con un secondo, il qual sia nullo per incapacità della persona instituita (5).
4. Quando l'erede ha nascosto in pregiudizio de' legatari, o pur sottratto delle cose appartenenti alla successione: nel qual caso il fisco prende, in sua vece, la porzion determinata dalla legge Falcidia (6).
B. L'erede ab intestato è dichiarato indegno, a pro di altre persone:
1. Quand'egli trasanda il dovere impostogli di far nominare un tutore al pupillo (7).
2. Quando i figliuoli ovvero i genitori han lasciato morir prigione de' nimici colui, del quale avrebber dovuto eredare, i beni del defunto vanno alla chiesa del luogo suo nativo (8).
3. Colui il quale ha cura d'un matto, prende il luogo degli eredi allor ch'essi, sollecitati da lui, non abbian voluto raccorre il defunto (9).
III. Vi ha finalmente de' casi propri de' soli legati; de' quali sono i legatari dichiarati incapaci, in beneficio di chi dovrebbe soddisfarneli:
1. Quand'essi sottraggon la cosa legata (10).
2. Quando abbian celato il testamento a malizia (11).
Tutti quali casi d'indegnità sono stati da Giustiniano formalmente confermati (12).

CAPITOLO II.

DEGLI EFFETTI DELL'ACQUISTAMENTO DI UNA SUCCESSIONE.

§. 711. I. *Effetti generali.*
A. *Della rappresentazion del defunto.*

L'acquisto di una successione ha generalmente per effetto che l'erede, per

(1) Fr. 28, § 1. XXVII, 1.—fr. 5, § 2, XXXIV, 9.
(2) Nov. 1, c. 1. 4.
(3) Giusta il senatoconsulto Silaniano. fr. 9; fr. 15, § 2. XXIX, 5.—const. 1, 5—10, VI, 35.—Collot d'Escury, *Diss. ad tit. D. de Scto Silaniano et Claudiano.* Lugd.—B. 1827.
(4) Fr. 2 in fine, XXXIV, 9. — const. 30, II, 3.
(5) Fr. 12: fr. 16, § 2, XXXIV, 9. — const. 4, VI, 35.
(6) Fr. 6, XXXIV, 9.
(7) *V.* sopra, nota ult. al § 607.
(8) Nov. 115, c. 3, § 13, c. 4, § 17.
(9) Nov. 115. c. 3, § 12.— *V.* il § 644. D'ordinario si metton pure fra'casi d'indegnità di questa sorta, quelli in cui dei fratelli e sorelle hanno insidiato alla vita del defunto, o gli han data querela criminale, o han cercato di spogliarlo dei suoi beni: ne'quali casi rimangono esclusi, e la lor porzione è spartita tra gli altri fratelli e sorelle. Nov, 22. c. 47.
(10) Fr. 48, XXXVI, 1.—const. 5, VI, 37.
(11) Const. 25, VI, 37.
(12) Const. un. § 12, VI, 51.

risguardo a' beni del defunto, è con costui considerato siccome una sola e stessa persona. Ond'è:

1. Che i beni del defunto e quelli dell'erede son riguardati siccome un sol patrimonio (*confusio bonorum heredis et defuncti*) (1); il perchè, sottentrando l'erede al defunto in tutti i erediti del pari che in tutti i debiti, che non sieno però stati essenzialmente personali del morto (2), egli è tenuto anche di que' debiti a' quali la successione per avventura non bastasse (3).

2. Che l'erede ha da riconoscer come obbligatorii per lui tutti gli atti relativi a' beni del defunto (4).

3. Finalmente, ch'egli è tenuto di adempier le disposizioni di ultima volontà dal defunto impostegli, di soddisfare a' legati ed a' fedecommessi da quello addossatigli; ma ciò solamente fino al valor che la successione abbia dopo dedotti i debiti (5). Questo dover dell'erede inverso i legatari e fidecommessari è dal romano dritto considerato come una obbligazione *quasi ex contractu* (6).

§. 712. B. *Modificazioni de' detti effetti.*

Potendo facilmente l'erede ricever pregiudizio dall'acquisto di tale eredità, la qual debba più che non abbia, la legge gli dà due modi per cessare siffatto pericolo; il dritto di deliberare (*jus deliberandi*), ed il beneficio dell'inventario (*beneficium inventarii*). Ogni erede, o che *suo*, o che volontario, può valersi di questi due schermi della legge (7); ed è in sua facoltà di accettare o rifiutar la successione pura e semplicemente, o riserbarsi il dritto di deliberare, o pur riceverla col benefizio dell'inventario (8): ma gli effetti e le conseguenze della deliberazione e dello inventario differiscono assaissimo.

(1) Fr. 75, fr. 95, § 2, XLVI, 3.

(2) Ma il possesso del defunto non è suo, ed egli è obbligato di mettersi in possesso per sè: fr. 23, pr. XLI, 2.

(3) Fr. 8, pr. XXIX, 2.—const. 10; 22, § 12, 14, VI, 30.—Il soldato non è tenuto de' debiti al disopra del valor de' beni raccolti (*a*): const. 22; pr. § 15, ibid.

(4) Fr, 1, pr., § 1; fr. 3, XXI, 3.—const. 3, IV, 51.

(5) Fr. 23 in fine, XLII, 8. — fr. 17, XXXIX, 6.—Quando i legati trascendono la successione, debbono essere ragguagliatamente diminuiti, e l'erede serba suo dritto in sulla porzion determinata dalla legge Falcidia: fr. 80, XXX.—Ma per dritto nuovo l'erede, il qual voglia profittar di tali vantaggi, deve accettar la successione col benefizio dell'inventario, Nov. 1, c. 2, § 2; e sopra ciò veggasi il § 714 in fine.

(6) § 5, J. III, 28.—fr. 5, § 2, XLIV, 7.—fr. 3, § ult.; fr. 4, XLII, 4. — Olzio, nella *Themis*, t. 7, p. 490, non ammette che il motivo di tale obbligo si fondi in sull'accettazion dell'eredità.— *V.* però: Van Assen, *Bidragen etc.* t. IV p. 117; al quale Olzio ha replicato nel *Mag, civ.* di Ugo, t. 6. n. 17.

(7) Fr. 8, XXVIII, 8.

(8) Const. 22, § 14, VI, 30.

(a) Non v'è quasi regola del romano dritto, dalla quale il soldato non goda una favorevole eccezione: ma perchè talor si parla del soldato nella spedizione, tal altra del soldato semplicemente, giova fare una notabile distinzione nella romana milizia introdotta dal tempo, incessante perfezionatore o corruttor d'ogni cosa. La milizia nella romana repubblica non fu mestiere, ma nobilissima funzione di ogni onorato cittadino; ed a tale ordine di cose è chiaro aver risguardo quella espression del dritto di soldato in spedizione, perchè l'uomo non era allora privilegiato sopra ogni altro cittadino, se non pel tempo ch'egli stava occupato in alcuna fazione di guerra. Ma già fin da Augusto l'obligo di militare era stato rimesso non pure a' cittadini, ma eziandio ai latini ed agl'italiani (Erodiano *Hist.* II, 11); ed all'antica milizia vincitrice del mondo sottentrava la mercenaria, che dovea far Roma preda de' barbari. Allora i tanti privilegj del cittadino militante passarono al soldato per la vita, ed anzi furono estesi; con quanta giustizia, si legge nella storia. (*Trad.*)

§. 713. 1. *Del dritto di deliberare.*

Per dritto di deliberare *(jus deliberandi)* intendesi il dritto che l'erede ha di esaminar le forze della successione e decider se l'interesse suo richiede ch'egli l'accetti o pur la rifiuti, e così nulla precipitare (1). Sono a tal dritto applicabili i seguenti principj :

1. Quando altri eredi, come a dir coeredi, sostituti, o eredi ab intestato, o pur de' creditori della successione, hanno interesse che l'erede dichiari s'egli accetta o repudia l'eredità, dev'esso decidersi di presente ovvero dimandare un termine per deliberare; il qual termine, dato dal principe, è di un anno, dato dal giudice, è di nove mesi, a contar dal dì ch'è concesso (2). Se il termine è trascorso, senza che l'erede abbia fatto dichiarazione alcuna, egli è risguardato come se avesse rifiutata la successione, quando altri eredi hanno insistito perch'ei si dichiarasse; ma trattandosi di creditori, si considera in contrario come s'egli avesse accettato (3). S'egli muore durante il termine di deliberazione, i suoi eredi profittano del tempo rimanente; ondech'essi possono sempre, fino allo spirar del termine, dichiarar che accettano o che ripudiano l'eredità (4).

2. Quando nessuno non insiste perchè l'erede faccia dichiarazione, la legge gli dà di pieno dritto un anno per deliberare. Pertanto, morendo egli entro tale spazio di tempo, senza aver deciso, i suoi eredi hanno ancor facoltà di accettare o rifiutar la successione; ma s'egli se ne muor dopo che il termine è spirato, nessun dritto trasmette agli eredi, salvochè prima del finir dell'anno non avesse chiesto novello spazio a deliberare, nel qual caso la trasmessione ha luogo entro lo spazio di tempo ottenuto (5).

3. Allorchè, così nell'uno come nell'altro caso, il deliberante dichiarare volere accettar la successione, egli è tenuto pura e semplicemente di tutti quanti i debiti del defunto (6): ed il simile è di colui, il quale non avendo fatto dichiarazione alcuna nel debito termine, è risguardato siccome accettante.

§. 714. 2. *Del beneficio dell' inventario.*

Nel vecchio dritto ogni erede, il quale avea realmente acquistata tale qualità, era senz'altro tenuto di tutti i debiti del defunto, anche quando eccedevano il poter della successione: nè da tal regola era eccettuato altri che il soldato, il quale era tenuto solamente fino al montar de' beni eredati (7).

Ma Giustiniano estese cotal privilegio del soldato a qual si fosse erede, il quale andando all'eredità dichiarasse di non altrimenti accettarla che con la cautela di uno inventario (8).

A. Quant'è alla forma dell'inventario, Giustiniano ordinò quel che segue:

1. L'erede deve cominciar l'inventario entro trenta dì da ch'egli abbia avuto notizia dell'apertura o del testamento o della successione ab intestato, e terminarlo in altri sessanta giorni: ma s'egli è assente, gli è dato un anno per cominciarlo e finirlo.

(1) Dig. XXVIII, 8. — Cod. VI, 30. — Roch, *De herede deliberante*. Giess. 1783. — Ermerins, *Diss. ad jur. rom. locum de jure deliberandi*. Lugd.-Bat. 1817.

(2) Const. 22, § 13, C. ibid. — *V.* fr. 3, 4, ibid.

(3) Const. 69, XXIX, 2.

(4) Const. 19, VI, 30.

(5) Const. 19 cit. Cotal trasmessione dell'erede deliberante è detta oggi *transmissio Justinianea*.

(6) Const. 22, § 14, ibid.

(7) Const. 22, pr. § 15, VI, 30.

(8) Const. 22, ibid. — Nov. 1, c. 1, 2. — Sopra tutta questa materia, *V.* Wyss, *De benef. inventarii*. Heid. 1814.

2. È necessaria la presenza di un pubblico scrivano (*tabularius*), e per una disposizion posteriore della Nov. 1, c. 2, § 1, quella di tutte le persone interessate, creditori, legatari, coeredi; o in costoro mancanza, quella di tre testimoni.

3. L'inventario dev'esser sottoscritto dallo scrivano e dall'erede: se l'erede non sa scrivere, fa un segno di croce, ma bisogna che un secondo notaio certifichi questo fatto. Si può pure pretender che l'erede giuri che l'inventario è fedelmente composto; e trovandosi reo di aver celata o sottratta qualche cosa, egli dovrebbe pagarne il doppio.

B. L'accettazion dell'eredità col beneficio dell'inventario ha gli effetti seguenti:

1. L'erede non resta di essere effettivamente tale, e pure è guarentito da qualunque perdita: perciocchè dev'egli soltanto satisfare a'creditori e legatari infino al valor della successione, e perciò far vendere tutte le cose ereditarie, o darle in pagamento.

2. Mentre che si fa l'inventario, i creditori non posson nulla pretendere: ma terminato questo, l'erede paga i creditori e'legatari in quell'ordine in cui si presentano, senza badare a dritto alcuno d'ipoteca, di pegno, o di privilegio; e poichè la massa è consumata, nè egli nè il comprator delle cose ereditarie può più essere inquietato (§ 363 in fine).

3. L'erede può prima di tutto detrarre le spese di seppellimento del defunto, di apertura del testamento, e di fattura dell'inventario.

4. Nessuna confusion di patrimonio non succede tra 'l defunto e l'erede: ondechè questi, se creditor del morto, ha il dritto di pagar sè medesimo come ogni altro creditore; ma viceversa deve inferir nella massa tutto quanto egli debba al defunto, perchè sia distribuito infra' creditori.

5. L'erede, il qual non si curi di fare inventario entro il termine legale, ne perde i vantaggi; ma il medesimo non è quando domandi tempo da deliberare: ondech'egli è tenuto ad ottare infra l'inventario ed il dritto di deliberazione (1).

6. Una posterior disposizione della Nov. 1, c. 2, § 2, ordina che l'erede accettante senza inventario non solamente perda il dritto di detrarre a'legatari la porzion definita dalla legge Falcidia, ma sia tenuto di pagare i lor legati del tutto, anche d'in su'beni suoi propri.

§. 715. C. *Della trasmissione.*
1. *Della trasmission della successione acquistata.*

L'acquistamento della successione ha questo molto importante effetto, che l'erede la trasmette a'suoi eredi, siccome parte constitutiva della sua facoltà (2).

1. Conciosiachè l'erede *suo* acquisti di pieno dritto la successione nello stante medesimo che gli è deferita, a far ch'ei la trasmetta a' suoi successori basta un sol momento ch'egli sia sopravvissuto al defunto, nè pur gli nuocerebbe la ignoranza di avere egli stesso eredato (3): ch'è ciò che oggi chiamasi *transmissio ex capite suitatis.*

(1) Const. 22, § 1 — 14, VI, 30.

(2) Duarein, *Comm. in tit. D. de acq. her.* Opusc. p. 450. — Doneau, *Comm.* VII, 4. — Berger, *Diss. de transm. her.* Viteb.1688.—Bucher, *Diss. de jure trans. her, et leg.* Marb. 1805. — Steppes, *Della trasmess. della succ. in dritto rom.* Monaco, 1831.

(3) Const. 3, VIII, 30.—Propriamente parlando, dovrebbe discorrersi della trasmession del dritto di astenersi (*jus abstinendi*), e non di quella del dritto di successione *ex jure suitatis*: fr. 7, § 1, XXIX, 2.

2. Ma conciosiache l' erede volontario, per opposto, non acquisti la successione se non accettandola, devesi ad esso applicar la regola: *hereditas nondum adita, non transmittitur ad heredes* (1).

§. 716. 2. *Della trasmession del dritto di accettare.*

Pur tuttavia parecchi casi vi sono, in cui la detta regola soggiace ad eccezione, inquantochè spesso uno erede volontario mortosi prima d' essersi appigliato all'accettazione o al repudio di una eredità, trasmette nondimeno a' suoi eredi il dritto di andare alla successione a lui deferita. Così:

1. Quando l' erede proprio non ha potuto accettare per qualche impedimento legittimo, i suoi eredi hanno il dritto, poichè l' impedimento è levato, di accettar essi la successione a quello deferita (2).

2. Quando l' erede non ha potuto andare all' eredità perchè assente per qualche pubblico officio, i suoi eredi posson dimandare la restituzione per causa di assenza, ed accettare a lor volta la successione (3): ch' è quella che oggi abbastanza erroneamente si chiama *trasmissio ex capite restitutionis in integrum.*

3. Quando la successione era deferita ad un picciol fanciullo, ed il padre che lo aveva in sua potestà trascurava di acquistarla, egli per una disposizion di Teodosio poteva, caso che il figliuolo si morisse *in infantia*, accettare ancor la successione per se medesimo. Cotal trasmessione, detta *transmissio ex capite infantiae*, competeva al padre eziandio quando il fanciullo al tempo della delazione era *sui juris* (4).

4. Quando alcuno è scritto erede dal suo ascendente, e muor prima del testatore, o almen prima di avere accettata l' eredità, egli trasmette suo dritto di accettazione a' suoi discendenti, i quali debbonsi qui considerar siccome sostituiti dalla legge; ma il medesimo non sarebbe di altri suoi eredi. Questa trasmessione derivando anch' essa da una costituzion di Teodosio, è oggidì chiamata *transmissio Theodosiana* (5).

5. Quando un erede è morto entro l' anno ch' egli ha avuto notizia della successiou deferitagli, o prima dello spirar del termine datogli per deliberare, senza ch' egli abbia fatto alcuna dichiarazione, i suoi eredi possono ancora accettar la successione per tutto lo spazio di tempo restante: la quale specie di trasmessione, perciocchè fondata sopra una costituzion di Giustiniano, dicesi oggi *transmissio Justinianea* (6).

Chiunque fondandosi in su alcuna delle dette trasmessioni, ha il dritto di acquistare una successione, esclude tutti coloro che l' autore suo avrebbe esclusi, e per conseguente ancora i sostituti di quello (7).

(1) Const. 7, ibid.

(2) Fr. 3, § 30; fr. 4, XXIX, 5.—fr. 5, XXXVII, 4.—fr. 12, XXXVII, 10.

(3) Fr. 30, pr.; fr. 86, pr. XXIX, 2.—const. 1, II, 51.

(4) Const. 18, § 1, 3, VI, 30. Veramente, questo caso non è de'veri di trasmessione, perciocchè il padre ha tal dritto *patrio jure*, non già com'erede del fanciullo.

(5) Cod. VI, 52. Le opinioni degli autori son molto discordi rispetto a questa trasmessione. *V.* Niemeyer. *Diss. de transm. Theod.* Halæ, 1812. — Diehl, *Diss. de transm. Th.* Heid. 1814.— Thibaut, *Sistema*, p. 675.

(6) Const. 19, VI,30. *V.* Sopra, il § 713 e sue note.

(7) Quistorp, *Rechtl.* t. 2, n. 30, e Crell, *Diss. utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo, substitutus admittatur.* Vitem. 1734. Questi due autori sono di differente avviso, a cagion del fr. 72, XXIX, 2: ma questo luogo decide la quistione secondo il vecchio dritto, il quale di per sè stesso si modifica dopo introdotte le trasmessioni.

§. 717. *De' mezzi competenti all' erede per far valer sua ragione.* 1. *De' mezzi petitorii.*

Perchè l' erede possa giudizialmente far valere il suo dritto di succedere, ed ottener la successione medesima, la legge gli somministra de' mezzi di ragione e petitorii e possessorii.

A' mezzi petitorii appartiene la petizion di eredità *(hereditatis petitio)* (1):

1. La quale, in primo luogo, compete a qualsiasi erede, testamentario o legittimo (2), civile o pretorio (3), diretto o fedecommissario (4), *ex asse* o pure *ex parte* (5): e può similmente essere intentata *utiliter* da colui il quale abbia comprata dall' erede o tutta la successione o parte di essa (6).

2. La petizione non può esser diretta se non contro chi contenda all' erede il suo dritto successorio e distenga o tutta la successione, o una parte di essa, o delle singole cose da lei dipendenti. Può dunque intentarsi:

a) Contro colui *qui pro herede possidet*, cioè a dir colui che si crede o almeno vuol essere creduto erede, e diniega all' attore il suo dritto di successione (7).

b) Contro colui *qui pro possessore possidet*, cioè colui che non può provare alcun sufficiente titolo di possessione, e nondimeno contrasta al dritto dell' attore (8).

E veramente, in questi due casi, basta che l' attore provi ch' egli è erede; ma perciocchè la stessa pruova nulla varrebbe contro un compratore, un donatario, o qualunque altro fondator di suo possesso in su particolar cagione di acquisto, contro un tale non più la petizion di eredità dovrebbe intentarsi, ma l' azione di ricuperazione (9).

3. Scopo della petizione è di far dichiarare l' attore o erede unico, o pur coerede, e di fargli rilasciare o tutta la successione, o la porzione a lui dovuta, o le cose dal reo possedute, insiem con tutte le accessioni *(cum omni causa)* (10). Quant' è a' frutti:

a) Il posseditor di buona fede deve de' frutti raccolti restituir sol quelli ancora in essere allorquando l' azione è introdotta, sì veramente che non gli abbia prescritti; ma rispetto a' frutti consumati, non n' è tenuto se non per quanto se ne sia migliorato. Egli è parimente obbligato di restituire i frutti raccolti dopo l' introduzion dell' azione, come pur quelli che avreb-

(1) Dig. V, 3.—Cod. III, 31.—Gluck, *Comm*, VII, § 562—71. — Petzold, *Spec. observationum ad L. 5, C. de her. pet.* Lips. 1804.—Thibaut, *Sistem*, § 738.—Schweppe, *Pand.* § 851.—Pothier, *Della proprietà*, 2. parte, c. 2. Bruff. 1831.

(2) Fr. 1—3, V, 3. Se la petizion di eredità è mossa dall'erede legittimo avverso il testamentario, e s'essa ad un'ora impugna la validità del testamento, chiamasi oggi *hereditatis petitio qualificata.*

(3) Dig. V, 5. Se intentata dall' erede pretorio, dicesi *her. pet. possessoria.* — Gluck, *Comm.* VIII, § 573.

(4) Fr. 1, 2, V, 6. Se esercitata dal fidecommissario, si nomina *hered. pet. fidecommissaria.* Di questa non si può far uso se non dopo la restituzione, nè punto avverso colui il quale ha restituita la successione: fr. 3, § 1, ibid.—fr. 27, § 7, fr. 37, pr. XXXVI, 1.

(5) Dig. V, 4, In questo caso le si dà pure oggi il nome di *hered. pet. partiaria.* —Gluck, *Comm.* VIII, § 572.

(6) Fr. 54, pr. V, 3.

(7) Caio, IV, 144.—fr. 9—11, V, 3. — § 3, I. IV, 14, e Teofilo *ivi.*

(8) Caio, IV, 144.—§ 3, J. ibid.—fr. 11—13; fr. 18, § 2; fr. 19, V, 3,—In ambo i casi *(pro herede et pro possessore)*, l'azione ha parimente luogo avverso il *fictus possessor*: fr. 13, § 13, 14, V, 3,—fr. 7, VI. 1.

(9) Fr. 25, § 17, V, 3.—const. 7, III, 31.—const. 4, VIII, 34.

(10) Fr. 10, § 1, V, 3.

be potuto raccorre; ma non è tenuto per quelli che sono fortuitamente periti (1).

b) Il possessor di mala fede deve restituir pura e semplicemente tutti i frutti, anche quelli ch' egli avrebbe potuto raccorre (2).

4. Il reo, dal canto suo, può contrapporre le pretensioni sue proprie a quelle dell' attore, ed esigere:

a) Tutto quanto egli può domandar della successione siccome creditor del defunto (3).

b) Tutto ciò ch' egli ha speso per cagion della successione. Se le spese sono state per acquistare i frutti, ogni reo, o che possessor di buona o che di mala fede, ha dritto di esigerle in ragguaglio de' frutti ch' egli deve restituire (4). Ma quando le spese hanno avuto ad obbietto la sostanza medesima della successione, si distingue il possessor di buona fede dal malizioso: il primo può domandare indennità di tutte le sue spese, quand' anche poi nulla ne sia rimasto; il secondo è indennizzato delle spese necessarie sempre, delle utili sol quando l' utilità loro ancor sussiste, e rispetto alle voluttuarie non altro dritto egli ha che di torle via *(jus tollendi)* (5).

5. La petizion d' eredità, secondo la general regola della prescrizion delle azioni, si estingue col trascorrer di trent' anni, e senza ragione alcuna la si fa durar novant' anni pe' figliuoli chiamati alla succession paterna ab intestato, e centoventi per quelli instituiti in testamento (6).

§. 718. 2. *De' mezzi possessorii.*

Al novero de' mezzi possessorii appartengono:

1. L' interdetto *Quorum bonorum*, il quale può invocarsi da chi abbia ottenuta la possession de' beni (§ 639), contro colui che possiede la successione a titolo di erede o pur di posseditore, o ch' è restato di possederla per frande *(dolo malo)*; e tende a far mettere l' attore in possesso delle cose corporali che dipendono dalla successione (7).

2. Quella specie di messione ne' beni del defunto *(missio in bona defuncti)* che i moderni chiamano *remedium ex lege ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo* (VI , 33); la cui mercè l'erede instituito in un testamento scritto, irreprensibile nella forma ed immune d' ogni vizio apparente, può dimandare di esser messo in possesso della eredità per modo di provvisione.

3. Diverse altre messioni in possesso de' beni del defunto, ma tutte egualmente per a tempo; segnatamente:

a) La messione in possesso *ex edicto Carboniano*, quando altri contenda al figliuol del testatore il suo dritto di successione, negando la qualità sua di figliuolo: nel qual caso l' erede può domandar che, datoglisi un curatore per amministrare i beni (8), si sospenda il processo infino alla sua pubertà, ed intanto gli si conceda il possesso della succession paterna, ed il vitto (9).

(1) Const. 1, § 1, III, 31.—*V.* fr. 25, § 11; fr. 40, § 1, V, 3.—§ 2, J. IV, 17.

(2) Fr. 25, § 4, V, 3.—fr. 40, § 1, ibid.—§ 2, J. cit.

(3) Const. 3, III, 31.

(4) Fr. 36, § 5, V, 3.—fr. 46, XXII, 1.

(5) Fr. 38, 39, V, 3.

(6) Const. 3, VII. 39. — Koch, *Succ. ab int.* § 129.—Thibaut, *Prescriz.* p. 129.—Unterholzner, *Prescriz.* t. 2, p. 167.

(7) Caio, IV, 144.—§ 3, J. IV. 15. — Dig. XLIII, 2.—Cod. VIII, 2. — Rogge, *Interpr. L. 1, D. quorum bonor.* Regiom. 1817.—Le sentenze degli autori sulla natura di questo interdetto e sul suo rapporto con la petizion d'eredità possessoria, sono però discordantissime.

(8) « Debet curator constitui, per quem *bona administrentur:* » fr. 5, § 2, D. XXXVII 10. *(Trad).*

(9) Dig. XXXVII, 10.—Cod. VI, 17.

b) Quindi, la messione in possesso *quae ventri datur*; per la quale una donna che trovisi incinta al morir di suo marito, può similmente domandare il possesso temporaneo della successione, sotto il governo d'un curatore, e gli alimenti, finattanto ch'ella non si sgravi, o che non sia provato ch'essa non è gravida punto (1).

c) Finalmente, la *bonorum possessio quae furioso datur* (2), della quale abbiam già detto in fine del § 708.

§. 719. II. *Rapporto de' coeredi infra loro.*
A. *Della parte di ciascun d'essi ne' crediti e ne' debiti della successione.*

Quando una successione è deferita a più persone e da tutte acquistata, ciascun coerede ottiene in ragguaglio della sua porzione ereditaria un dritto in su tutte le cose appartenenti alla successione. I crediti e' debiti del defunto sono di pieno dritto partiti infra tutti i coeredi, secondo la parte di ciascuno: *nomina et debita hereditaria ipso jure inter coheredes sunt divisa.* Il perchè, ciascuno erede nell'accettar la successione acquista sua parte, ed ha il dritto, anche prima della divisione, di richiedere i debitori della successione per la rata sua propria *(pro rata)*; ma d'altra banda egli per tale rata può similmente esser richiesto da' creditori (3). Vero è che il testatore può altramente spartire i crediti ed i debiti, e che altrettanto possono gli stessi eredi fare per accordo; ma nell'uno e nell'altro caso, tali modificazioni non sono obligatorie altrochè per gli eredi, non punto pe' creditori della successione, nè pe' debitori di questa, i quali non possono direttamente richieder ciascuno erede, nè da lui esser richiesti, se non per la sua rata (4).

§. 720. B. *Della division della successione.*

Ogni erede ha il dritto di richiedere il suo coerede dello spartimento della successione, purch'egli abbia la facoltà di liberamente disporre del suo, e che non sia stato ordinato dal testatore nè convenuto infra gli eredi che la succession restasse un determinato tempo indivisa (5).

1. La divisione può esser fatta o stragiudizialmente, di accordo infra gli eredi o per via di compromesso, o giudiziariamente, a sentenza del giudice, quando sorgon controversie fra gli eredi; ciascun coerede avendo contro l'altro, in caso di discordia, l'azione per ispartimento della successione, *actio familiae erciscundae* (6).

2. Debbesi generalmente comprender nella successione tutto ciò che realmente appartiene alla sostanza del defunto, dopo averne separato l'altrui, ovvero ciò che devesi altrui restituire, segnatamente i beni particolari de' figliuoli e la dote della vedova. Sonovi nondimeno di tali cose, che sebben proprie del defunto, sono del tutto escluse dalla divisione; per esempio quelle cose che potessero facilmente recar danno, oppure offendessero i co-

(1) Dig. XXV, 5, 6; XXXVII, 9.

(2) Dig. XXXVII, 3.—const. 7, § 3, 8, V, 70.

(3) Const. 6, III, 36.—*V.* fr. 25, § 13, X, 2.—const. 1, VIII, 36.—const. 1, VIII, 32.—const. 26, II, 3. Perciò i crediti e debiti ereditari non sono obbietto dell'azione *familiæ erciscundæ*: fr. 4, pr.; fr. 25, § 1, X, 3.—Crell, *De divis. nominum in jud. fam. ereisc.* Viteb. 1743.

(4) Fr. 3, pr. II, 15.—const. 25, 26, II, 3.—fr. 2, § 5; fr. 3; fr. 20, § 3; fr. 25, § 1, 13, X, 2.—fr, 11, 14, XX, 5.—fr. 69, § 2, XXX.—*V*, fr. 14, II, 15, e sopr'esso Held, *Diss. ad L. 14, D. de transact.* Lips. 1828.

(5) Fr. 14, § 2, X, 3.—const. 5, III, 37.

(6) § 4, J. IV, 17.—§ 3, 4, J. III, 28.—Dig. X, 2.—Cod. III, 36, 38. — Mehl, *Judicium fam. ercisc.* Goett. 1780.—Gluch Comm. XI, § 625.—Martini, *Diss. de her. plurimis communi.* L.—B. 1825. — *V.* sopra, §§ 503—505.

stumi e l'onestà (1), come pure i documenti e gli atti, i quali s'han sempre da dare a colui, di cui concernono la persona ovvero i diritti (2). Altre cose vi ha, le quali non sono escluse dalla divisione, se non in quanto non possono essere effettivamente divise, per fisica o legale impossibilità. Quando la cosa è fisicamente indivisibile, verbigrazia un quadro, un cavallo, e gli eredi non voglion tenerla a comune, un d'essi la riceve tutta per sè soddisfacendo agli altri in danari, o pur la si vende per dare a ciascuno la sua parte del prezzo (3). Quando poi la cosa è legalmente indivisibile, esempligrazia una servitù reale, essa sarà di quello de' coeredi il qual riceve il fondo dominante; ma dividendosi lo stesso fondo, o pur restando a comune, ciascun coerede può esercitare la intera servitù (4).

3. Ancora, si può nello spartir la eredità tenere differente modo, potendosi o realmente distribuir le cose divisibili infra' coeredi, nel qual caso lo spartimento è da considerar come un baratto; o pur lasciare ad un sol de' coeredi, il quale paghi i rimanenti, tutta la successione o parte delle cose in essa comprese, nel qual caso nella spartigione hassi a vedere una vendita, ed il danaro a' coeredi retribuito chiamasi *pecunia hereditaria*. Qualunque sia il modo tenuto nella divisione, essa contiene mai sempre una alienazion necessaria, epperò ammessibile in casi in cui l'alienazione è generalmente vietata (5); come pure essa è un'alienazione onerosa e soggetta all'obbligo della guarentia, siccom'è la vendita e la permuta (6).

4. Quando un de' coeredi non ha partecipato alla division di una successione, egli ha il dritto d'impugnar cosiffatta divisione, ed esiger la sua parte dagli altri eredi, o pur dimandare una novella divisione (7). Ma quando tutti i coeredi sono concorsi alla divisione, ed un d'essi è stato leso, fa luogo distinguere:

a) Se il defunto ha egli stesso determinato le cose o il valsente che ciascun coerede ha da ricever per sua parte, non può richiamarsi altri che chi sia leso nella sua legittima (8).

b) Se la divisione è stata decretata dal giudice (*judicio familiae erciscundae*), ed il suo decreto ha preso forza di cosa giudicata, non potrà più essere impugnata, non pure a cagion di lesione enorme di alcun de' coeredi (9).

c) Se gli eredi han diviso infra loro o dinanzi ad un arbitro, la lesion fraudolenta dà sempre luogo ad un'azione per rifacimento del danno; ma quando nessun dolo vi è stato, bisogna che la lesione sia di oltre alla metà, per dar luogo ad un'azione da parte del leso, come per esempio sarebbe quand'egli, ricevendo sua rata in danari, non avesse toccato la metà del vero valore di quella (10).

§. 721. C. *Della collazione.*

Allorchè de' discendenti vengono alla successione de' loro ascendenti, essi

(1) Fr. 4, § 1, X, 2.—fr. 9, XLIX, 14.

(2) Fr. 4, § 3; fr. 5, 8, X, 2.—const. 2, VIII, 32.

(3) Fr. 22, § 1, X, 2.—const. 3, III, 37.

(4) Fr. 23, § 3; fr. 25, VIII, 3.—fr. 4, § 3, VIII, 5.

(5) Fr. 1, § 2, XXVII, 9. — const. 17, V, 71.

(6) Fr. 25, § 1, 1, X, 2.—const. 14, III, 23. — const. 7, III, 38. — Però, quando il defunto ha egli stesso spartito il suo retaggio, il coerede evitto di una parte non può esiger la guarentia, se non in quanto vi ha dritto il legatario: fr. 77, § 8, XXXI.—Gluck, *Comm.* XI, 78, 107.

(7) Fr. 44, § 2, X, 2.

(8) Const. 10, 26, III, 36. — Nov. 22, c. 48.

(9) Arg. fr. 56, XLII, 1. — fr. 25, I, 5. — fr. 207, L, 17.

(10) Const. 1, 3, III, 38. — const. 2, IV, 44. — Gebauer, *Diss. de her. cito ob inaequal. reform.* Gœtt. 1738, e nelle sue *Exerc. acad.* 1, n° 11.

sono l'un rispetto all'altro soggettati alla collazione (1), cioè sono tenuti a conferir nella successione comune, o lasciare abbattere d'in sulla lor porzione ciò che hanno ricevuto dal defunto durante sua vita, per quanto se ne trovino fatti più ricchi (2). La collazione adunque si fa mettendo in mezzo, o pur prendendo di meno. Giusta il nuovo dritto non havvi qui differenza alcuna da fare tra gli eredi *suoi* e gli emancipati, tra quelli testamentari e quelli ab intestato. Infra le cose sottoposte a collazione si noverano particolarmente la dote e la donazione per conto di nozze (3).

La legge dispensa dalla collazione:

1. Di pieno dritto, gli alimenti e le spese di educazione, il peculio militare e quasi militare, che il figliuolo ha ricevuto da' genitori (4); tutto ciò che il discendente acquista dopo la morte dell'ascendente, per legato, fedecommesso, o donazione a causa di morte (5); i frutti e gli interessi delle cose soggette a collazione (6); e generalmente le *donationes inter vivos simplices* ad un figliuolo fatte da' genitori, salvochè un altro figliuolo non abbia ricevuto una donazione *sub causa*, per esempio una dote o donazion nuziale, la quale sia soggetta a collazione, perciocchè in tal caso la donazione semplice dev'essere anch'essa conferita (7).

2. Dà poi la legge al testatore facultà di dispensar dalla collazione un solo o tutti i discendenti, purch'egli con ciò non intacchi la legittima di nessuno (8); e viceversa può ordinar la collazione di cose che non vi sieno soggette, purchè le abbia donate senza esservi astretto dalla legge, ed abbia imposto l'obligo di conferirle nel tempo medesimo della donazione (9).

§. 722. D. *Del dritto di accrescimento.*
1. *Principj generali.*

Allora che più eredi concorrono, e che un d'essi vien meno, gli altri sono sottoposti, o a lor vantaggio, o a loro discapito, al dritto di accrescimento *(jus accrescendi)*, val quanto dire che la porzione vacata pel

(1) Ulp. XXVII, 6-8.— Cod. VI, 20.— Nov. 18, c. 6. — Nov. 97, c. 6. — Pfizer, *Della collaz. de discendenti*. Stuttg. 1807. — Unterholzner, *Hist. de collat.* Altorf. 1809. — Reinhardt, *Della collaz.* Stuttg. 1818. — Petersen, *De collat.* Havniæ, 1823. — Geidner, *Delle specie di collaz. tra discendenti ecc.* Wurxbourg, 1825.— Rosshirt, *Success.* c. 2, § 28.

(2) Chi non è erede non è necessitato a conferire: fr. 9, XXXVII, 7. — I nipoti eredanti del loro avolo debbono non pur conferire quel che hanno ricevuto eglino stessi, ma eziandio ciò che il padre o la madre loro premorta avrebbe dovuto conferire, quand'anche non fossero diventati eredi dell'uno o dell'altra. Questo si cava dalle parole della Nov. 118, c. 1: « tantam de hereditate morientis accipiunt partem, quantam eorum parens, si viveret, habuisset. » — Ma questa regola soggiace ad eccezione quando il nipote è stato instituito dall'avolo per la sola sua legittima: const. 20, VI, 20.— Gli ascendenti ed i fratelli e sorelle del defunto non son mai soggetti alla collazione.

(3) Const. 12, 16, 17, 19, 20 pr. VI, 20. Se la cosa soggetta a collazione è stata distrutta senza colpa dell'erede, egli non è tenuto a conferirla: fr. 2, § 2, XXXVII, 6. — Nov. 97, c. 6.

(4) Fr. 1, § 15, XXXVII, 6.—const. 12, 20 pr. VI, 20. Il peculio avveniticcio, che i figliuoli nel vecchio dritto acquistavano al padre, ma nel nuovo acquistan per sè, non dev'esser conferito: const. 21, ibid.

(5) Fr. 1, § 19, ibid. — const. 10, 13, 15, ibid.

(6) Ma colui, che dee conferire, non dev'essere in mora: fr. 5, § 1, XXXV, 7.

(7) Const. 20, § 1, VI, 20. — Pælike, *Diss. de don. simplici non conferenda.* Helmst. 1762.—De Man, *eod. tit.* Ultraj. 1804.—Berkhan, *Diss. de coll. don. simplicis ad L. 13 et 20 C. de collat.* Halæ, 1805.

(8) Nov. 18, c. 6.

(9) Const. 20, § 1 in fine, VI, 20. — V. fr. 25, pr. V, 2. — const. 35, § 2, III, 28.

mancamento di un degli eredi si accresce a' rimanenti in ragguaglio della lor parte ereditaria (1).

Cotal dritto di accrescimento si regola co' seguenti principj generali:

1. Esso ha luogo per gli eredi ab intestato del pari che pe' testamentari, e senza distinguer se succedano di ragion civile o di pretoria (2).

2. Ma la porzion del mancante non accresce, se non quando egli non ha dritto alcuno di trasmetterla altrui, e gli eredi testamentari non ne profittano se non quando nessuno sia sostituito al mancante, o almeno il sostituto anch' esso venga meno (3).

3. Il testatore non può direttamente divietare il dritto di accrescimento, ma indirettamente può, facendo una sostituzione (4).

4. L' accrescimento si fa di pieno dritto, anche senza saputa o contro volere degli altri eredi (5); per modo che la porzion vacante non deve essere accettata, ma sopraggiugnendosi cum *omni onere*, immantinente addossa all' erede tutti i carichi sopr' essa gravitanti (6).

5. Il dritto di accrescimento non profitta a coloro, la cui porzione ereditaria, o che testamentaria, o che ab intestato, sia stata dalle leggi limitata a non più di un tanto, assoluto o relativo, il quale essi abbiano ricevuto; ma ben possono concorrere per raggiugner quel tanto (7).

§. 723. 2. *In ordine alla successione ab intestato.*

Trattandosi di successione ab intestato, il dritto di accrescimento, quando un degli eredi chiamati vien meno (8), ha luogo secondo i seguenti principj:

1. La porzione vacante si accresce a quelli che l'avrebbero avuta se l'erede mancante fin dal principio non fosse concorso; i quali vi partecipano in ragguaglio della lor parte ereditaria (9).

(1) Del dritto vecchio, *v.* Ulp. XVII, XVIII; del nuovo, Dig. XXVIII, 5; XXI, 2.—Cod. VI, 10 e 51.

BIBLIOGRAFIA: Cujacio, Recit. ad Cod. VI, 51.—Doneau, *Comm.* VII, 12, 15. — Duarein, *De jure accresc.* Frf. 1592.—Papillonius, *De jure accr.* Otto *Thes.* t. 4. —Merillius, *De jure accr. et conjunctionis.* Ibid. t. 4.—Gentilis, *Tract. de jure accr.* Neap. 1763, — Majansius, *De jure accr.* Disp. civ. t. 2.—Bach, *Diss. de jure accr.* Opusc. p. 323. — Van Alphen, *De orig. nat. et eff. jur. accr.* L.—B. 1807.— Ludwig, *Diss. I de jure accr.* Lips. 1817. —Nuidecooper, *De jure accr. ex leg. rom.* Tr. ad. Rh. 1817.—Consturier, *Diss. de jure accr.* Leodii, 1825.—Rossberger, *Jus accr. etc. illustratum.* Lips. 1827.—Particolarmente Baumeister, *Del dritto di accresc.* Tubinga, 1829.—Rudorff, *Della* caducorum vindicatio. *Giorn. Giurispr.* t. 6.—Rosshirt, *Success.* c. 2, § 29. — Il med. *Diss. de jure accr.* Heid. 1841.

(2) § 5, J. III, 10.—Cod. VI, 10.—Sulla quistione, se in una succession venduta il dritto di accrescimento sia pel compratore o pel venditore, *V*, fr. 2; § 1, XVIII, 4, e sopra questo luogo Gluck, *Comm.* XVI. p. 341.—Rubo, *Diss. de jure accr. hered. vendita.* Halæ. 1817. — Cucumus, *eod. tit.* Wirceb. 1818.—Gerlings, *Diss. de hered. vend.* Trad. ad Rh. 1827.

(3) Const. un. § 13, 14, IV, 51.

(4) Fr. 55, XXX.

(5) Fr. 31; fr, 35, pr.; fr. 53, § 1; fr. 76, pr. XXIX, 2. — Però questa regola ha delle eccezioni: fr. 55. 61, ibid.

(6) Fr. 61, § 1. XXXI.—const. 4, VI, 49.—const. un. § 4, 10, VI, 51.—Rosshirt, *Success.* p. 457, ha in parte una diversa opinione, a cagion del fr. 1, § 9, XXXII, e del fr. 19, XXIX, 7.

(7) Quant'è a' casi, a' quali siffatto principio si applica, v. c. §§ 654, n° 2, 675, n. 2, 3, 5.

(8) Bisogna prender guardia di non confondere il dritto di accrescimento tra più eredi ab intestato chiamati ad un tempo, con la successione per gradi e per ordini, la quale ha luogo quando il deficiente non ha coerede alcuno chiamato insiem con esso a succedere, o quando tutti gli eredi ad un tempo chiamati vengono meno.

(9) Fr. 12, pr. XXXVII, 4.

2. Il dritto di accrescimento non cangia di niente l'ordine di successione stabilito alla morte del defunto.

§. 724. 3. *In ordine alla succession testamentaria.*

Ma quant'è alla succession testamentaria, il dritto di accrescimento infra coeredi poggia in sulla regola: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (1). Vuolsi qui considerare:

1. Il modo in cui gli eredi sono stati riuniti nella instituzione. Conciosiachè:

a) Sono essi *re et verbis conjuncti* (dal roman dritto detti semplicemente *conjuncti*, ed oggi eziandio *mixtim conjuncti*) allorchè sono instituiti pura e semplicemente, cioè a dire senza determinazion di porzioni e nella medesima frase, verbigrazia: *Titius et Sejus heres esto.*

b) Sono *disjuncti s. re tantum conjuncti*, allorchè ciascun d'essi è veramente instituito pura e semplicemente per tutta la successione, ma pure è nominato in una frase separata, esempigrazia: *Titius heres esto*, *Sejus heres esto.*

c) Sono poi *verbis tantum conjuncti*, allorchè sono essi veramente nominati nella stessa frase, ma pure ciascun di loro è instituito per una porzion determinata, a cagion di esempio: *Titius et Sejus heredes sunto, aequis partibus* (2).

2. Devesi quindi esaminare qual sia l'erede mancato. Pertanto:

a) Quando tutti gli eredi son riuniti allo stesso modo nella instituzione, la parte del mancato accresce a tutti gli altri in eguali porzioni; ma quando essi sono *verbis conjuncti*, l'accrescimento succede soltanto in ragguaglio alla parte ereditaria di ciascuno (3).

b) Se gli eredi non sono allo stesso modo riuniti nella instituzione, la porzione del *mixtim conjunctus* accresce soltanto a quelli che sono *conjuncti* con esso, ma la porzione diventata vacante di un *disjunctus* o di un *verbis disjunctus*, accresce a tutti quanti gli altri, epperò anche a' mischiatamente congiunti: però, dovendo questi ultimi esser riguardati siccome una sola persona per cagion del loro congiungimento nella medesima frase, così tutti insieme ricevono una sola porzione (4).

(1) Cod. VI, 51. Perciò non ha mai luogo di pieno dritto nella succession d'un soldato, ma sol quando costui lo abbia espressamente ordinato; se no, la porzion vacante ricade agli eredi ab intestato: fr. 37, XXIX. 1.—const. 1, VI, 21.

(2) § 8, J. II, 20.—fr. 89, XXXII.—fr. 142, L, 16.

(3) Ma non havvi accrescimento a pro di chi è instituito per una parte definita (*pars quanta*) o per una determinata cosa; se non se quando tutti gli altri venissero meno.— *Esame della quistione ecc.* Schw. e Wismar, 1790. — Vohkmann, *De her. e re certa scriptis.* Lips. 1827.

(4) Const. un. § 10, VI, 51.—*V* § 8, J. II, 20.—fr. 20, § 2; fr. 59, § 3, fr. 63,66, XXVIII, 5.—fr. I, II, VII, 2.

SEZIONE IV.

De' legati e de' fedecommessi (1)

CAPITOLO PRIMO.

DE' CODICILLI.

§. 725. I. *Nozione e contenuto de' codicilli.*

Codicillo è qualunque atto di ultima volontà, il qual non sia un testamento (§ 656) (2).

1. Solo colui, il quale ha la fazion di testamento, può fare un codicillo (3).

2. I codicilli non possono adoperarsi nè a conferire il titolo di erede con una instituzione o sostituzione, nè a toglierlo diseredando, nè a modificare una institutzion testamentaria con apporvi o levarne una condizione (4). Egli è però permesso al testatore di nominar nel codicillo l'erede innominatamente instituito nel testamento, ed anche assegnargli in tale atto la sua parte nella successione (5). Tutte le altre disposizioni a cagion di morte, segnatamente i legati e' fedecommessi, si possono così fare in un codicillo, come in un testamento (§ 691).

3. Nulla impedisce che si facciano più codicilli valevoli tutti, quandochè essi possono riferirsi a differenti obbietti (6). Però, la disposizion di un primo codicillo, la quale non sia conciliabile con quella di un codicillo posteriore, si ha come rivocata (7).

§. 726. II. *Delle specie di codicilli.*

In dritto nuovo, ogni codicillo è considerato siccome un ordine dal de-

(1) Fonti, Caio, II, 101 — 289. — Ulp. XXIV, XXV.—Paolo, III, 6; IV, 1. — Inst. II, 20—24.—Dig. XXX; XXXVI, 1, 4.—Cod. VI, 37, 42—54.

Bibliografia: Doneau, *Comm.* VIII. —Cuiacio, *Rec. ad D. lib. XXX et XXXI*, Opere, t. 7.—Dnarein, *Comm*, *in libr. XXX Dig.* Opere, p. 478. — Westphal, *Sposizione ermen. e sistem. de' leg. fidecomm. e codicilli.* Lips. 1791. — Il med. *Sistema delle div. specie di legati e dell'azion divisoria.* Lips. 1793. — Geyert, *Principj su'legati.* Francof. 1829.—Rosshirt, *De'legati.* Held. 1825,—Van Swinderen, *Diss. de leg.* Græn. 1824.—Hultmenn, *Diss. de jure legat.* L.—B. 1826.—De Quertenmont, *Spec. hist. exhib. quæd. de legat.* L.—B. 1827—Smallenburg *Quæst. sel. de legatis.* L.—B. 1828.

(2) Inst. II, 25.—Dig. XXIX, I.—Cod. VI, 36.—Doneau, *Comm.* VII, 18, 19. — Dunins, *De vet. et novo jure codicill.* Romæ, 1752.—Van Dam, *Diss. de codic.* Tr. ad Rh. 1811.—Quanto alla storia de' codicilli: Ugo, *Recht.* p. 768.—Schweppe, *Recths.* §894.—Gans, *Scolii su Caio*, p. 330.

(3) Fr. 6, § 3, XXIX, 7. — fr. 6, § 2, ibid.—fr. 2, XXX.—const. 5, VI, 36.

(4) § 2, J. II, 25.—fr. 2, § 4; fr. 10, XXIX, 7.—const. 2, 7, VI, 36. — Anche qui s'eccettua il soldato: fr. 36, pr. XXIX 1.

(5) Così, il testatore può dire: « Instituisco mio erede colui il quale nominerò nel codicillo. » Ed anche: « Quel tale sarà mio erede per quella parte, che lo determinerò nel codicillo. » Fr. 36, 77, XXVIII, 5.

(6) § 3, J. II, 25.—fr. 6, § 1, XXIX, 7.

(7) Const. 3, VI, 36.

funto indirizzato al suo erede. Ma v'ha tra' codicilli questa differenza, che se l'erede succede ab intestato, cioè quando nessun testamento vi sia, essi sono *codicilli ab intestato facti*; i quali s'hanno da riguardar come indirizzati all'erede ab intestato, e per se stessi o stanno o cadono (1): ma se l'erede succede per testamento, essi diconsi *codicilli ad testamentum facti*, ed il valor loro dipende da quello del testamento medesimo. I codicilli espressamente confermati col testamento, la qual cosa il testator potea fare tanto *in praeteritum* quanto *in futurum*, si chiamano *codicilli testamento confirmati*. Quelli fatti prima del testamento doveano pel vecchio dritto esser confermati nel testamento o per qualunque altro modo, perchè valessero (2); ma il medesimo non è più richiesto dal nuovo diritto (3), pel quale i codicilli fatti innanzi il testamento, tosto ch'è certo che il testatore non ha cangiato volontà, senz'altra confermazione son validi.

Tutti i codicilli accompagnanti un testamento sono indirizzati all'erede testamentario, e debbono esser considerati siccome parte del testamento, insiem col quale sussistono, cadono, e rivivono; *ex testamento vires capiunt*.

§. 727. III. *Della forma de' codicilli.*

Il codicillo può farsi in iscritto ed a voce (4). Nessuna solennità di forme era dal vecchio dritto a ciò richiesta (5); ma il nuovo esige pe' codicilli una forma esterna, e fa la seguente distinzione:

1. Il codicillo ordinato innanzi ad un pubblico magistrato, non ha bisogno di alcun'altra formalità.

2. Le persone autorizzate a fare un testamento privilegiato, possono con gli stessi privilegi fare un codicillo (6).

3. Ma per fare un codicillo privato, generalmente è mestieri che cinque testimoni sieno presenti (7). La capacità loro dev'esser la stessa che pel testamento (8): debbono essere a bella posta convocati, e quando il codicillo sia fatto per iscritto, sottoscriverlo; ma non è necessario che lo sigillino (9). Quant' è alla soscrizione dell'autor del codicillo, deve applicarsi quel medesimo che si è detto de' testamenti scritti (10).

4. Giusta l'ultima disposizion di Giustiniano, un legato ed un fedecommesso possono esser lasciati senz'altra formalità che una richiesta fatta all'erede di consegnarli: e se l'erede negasse la cosa, il fedecommessario o legatario potrà per pruova del suo dritto deferirgli il giuramento (11).

(1) Fr. 3, pr.; fr. 8, §1; fr.16, XXIX, 7.
(2) Fr. 5, XXIX, 7.
(3) § 1, J. II, 25.
(4) Fr. 5, § 1, XLII, 1. — Const. 13, I, 2.
(5) § 3, J. II, 25.
(6) Fr. 8, § 4, XXIX, 7.
(7) Dove il § 3, J. II, 25, dice: *codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant*, » si tratta soltanto del dritto vecchio. Per la disposizion generale della const. 8, § 3, VI, 36, l'assistenza di cinque testimoni è richiesta sempre, epperò eziandio ne' codicilli confermati con testamento. Pure, quant'è a quest' ultimi, molti autori opinano nessuna solennità esser richiesta.
(8) È fuori dubbio che, giusta il § 11, J. II, 10, i legatarii e fedecommissarii possano esser testimoni in un codicillo.
(9) Const. 8, § 3, VI, 36.— Bisogna osservare pel codicillo di un cieco le formalità medesime che pel suo testamento: const. 8, VI, 22.
(10) Const. 28, § 1, VI, 23. Ordinariamente si dice la soscrizione dell' autor del codicillo non esser richiesta, a cagion del fr. 6, § 1, 2, XXIX, 8; ma questo passo ragiona del dritto vecchio.
(11) Const. 32, VI, 42.—§ 12, J. II, 23. V. sotto, § 731.

§. 728. IV. *Della clausola codicillare.*
1. *Nozione* (1).

L'ordinazione adunque di un codicillo non richiedendo altrettante formalità che quella di un testamento, nè quanto allo stesso suo contenuto essendovi nulla di sì importante come la nomina di un erede diretto e la riserva della legittima in un testamento, egli è dunque possibile che una disposizione di ultima volontà dal defunto destinata a valer come testamento, benchè non abbia le condizioni a ciò necessarie, si trovi nondimeno aver quelle sufficienti ad un codicillo. In tali casi la disposizione continua a sussistere, quando il testatore ha espressamente dichiarato che se il suo testamento non varrà come tale, è sua volontà che valga almeno come codicillo. Siffatta dichiarazion del testatore si chiama oggidì clausola codicillare (*clausola codicillaris*) (2).

§. 729. 2. *Del suo effetto.*

Allorchè tutte le condizioni e formalità de' testamenti sieno state osservate, l'aggiugnervi la sopradetta clausola è di soperchio. Ma verificandosi il contrario, è da vedere se almeno le formalità necessarie ad un codicillo sieno state adoperate, o se anche queste si desiderino. Nel secondo caso la clausola non vale a nulla (3); ma nel primo essa ha per effetto di far considerare il testamento siccome un codicillo, e di lasciar sussistere a maniera di fedecommessi le disposizioni in quello contenute (4).

Quando in simiglianti circostanze havvi uno anterior testamento valevole, la successione è deferita alla persona in tal testamento instituita com'erede diretto (5); ma siffatto erede è obbligato di restituirla come successione fidecommissaria a colui, il qual è stato instituito nel secondo testamento accompagnato da clausola codicillare. Quando poi non vi abbia alcun testamento anteriore che valga, la successione ricade direttamente agli eredi ab intestato, i quali debbon restituirla siccome fedecommesso (6). In ambo i casi l'erede diretto ha dritto alla *quarta Falcidia* e *Trebellianica* (7).

Del rimanente, allorchè un testamento è accompagnato da una clausola codicillare, l'erede instituito ha l'elezione di riconoscerlo o come testamento, o come codicillo; ma eletto ch'egli abbia, non può più pentirsi. Nonpertanto, agli ascendenti instituiti nel testamento, del pari che a' discendenti del defunto per via di maschi fino al quarto grado, e per via di femmine insino al terzo, i quali avendo dapprima sostenuta la validità della disposizione come testamento, o sieno stati superati, o spontaneamente se ne voglian ritrarre, si permette ch'essi possano far valere l'ultima volontà del loro parente siccome codicillo: ma se viceversa l'avessero prima accettata

(1) Stryck, *De claus. codic. Diss. giur.* vol. 1. — Tauchert, *Diss. de claus. cod.* Halæ, 1828. — Sickel, *Diss. de vi claus. cod. intest. nullo.* Lips. 1829.

(2) Fr. 29, § 1, XXVIII, 1. — *V.* fr. 88, § 1, XXXI. — const. 8, § 1, VI, 36. — Da' fr. 1, XXIX, 7, e 41, § 3, XXVIII, 6, comb. col fr, 29, pr. XXVIII, 1, risulta che questa clausola non è punto sottintesa; eccettochè nel testamento di un soldato, fr. 3, XXIX, 1.

(3) Se il testatore non è capace di disporre per ultima volontà, la clausola è anch'essa nulla. Similmente, il testamento invalido per la demenza del testatore, non può prender valore dalla clausola codicillare: fr. 13, V, 2.

(4) Fr. 2, § 4, XXIX, 7. — fr. 88, § 17, XXXI.

(5) A cagion del § 7, J. II, 17. — fr. 2, XXVIII, 3. — const. 27, VI, 23.

(6) Const. 29, VI, 42. — *V.* const. 9, 10, VI, 21. — const. 1, VI, 36.

(7) Fr. 2, § 4, XXIX, 7.

come codicillo, non potrebbero poi appresso pretender più che valesse come testamento (1).

CAPITOLO II.

DE' LEGATI E DE' FEDECOMMESSI PARTICOLARI (2).

§. 730. I. *Nozion del legato o fedecommesso particolare.*

Il testatore il quale voleva lasciare una cosa a qualcuno, poteva in dritto romano farlo per due differenti modi, ciò erano il legato ed il fedecommesso particolare *(legatum et fideicommissum singulae rei)* (3).

Il legato era nell' antico dritto romano una disposizion fatta dal defunto in termini imperativi, diretti all'erede che doveva adempirla *(verbis directis et imperativis* (4). Perciò, parimente che per altro, il legato si distingueva dal particolare fidecommesso, il quale era dal defunto lasciato con preghiera all'erede o ad un legatario di soddisfarvi *(verbis praecativis)* (5): ma Giustiniano levò via questa differenza, pareggiando i legati co'fidecommessi (6); epperò quello che noi diremo de' primi, varrà parimente pei secondi.

§. 731. II. *Della ordinazion del legato.*

Un legato o fedecommesso può esser lasciato con qualunque atto di ultima volontà, così per via di testamento, come di codicillo. Anzi abbiamo una molto notabile disposizion di Giustiniano (7), secondo la quale ogni legato o fedecommesso, benchè senz' alcuna formalità fatto a bocca o per iscritto, si debba valere, se chi n'è onorato può darne la pruova astrignendo a giurare colui ch' egli pretende esserne incaricato. Questo è quel che i moderni dicono: *legatum s. fideicommissum heredi praesenti injunctum.*

Allorchè il legato è ordinato in un testamento o codicillo, colui che n'è onorato nol può pretendere se non quando il testamento o codicillo sia regolarmente fatto: ma non vi ha dubbio alcuno che, anche in tal caso, la pruova si possa dal legatario fare invitando l' erede a giurare.

§. 732. III. *Delle persone intervenenti in un legato.*

Rispetto alle persone che intervengono in un legato, è da notare:

(1) Const. 8, pr. § 1, 2, VI, 36.

(2) *V.* le fonti e le opere indicate sotto la intitolazione della presente sezione, e particolarmente: Inst. II, 20. — Dig. XXX — XXXII.—Cod. VI, 37.

(3) Il solo vocabolo tedesco *Vermæchtmiss* comprende i legati e'fidecommessi: i latini giureconsulti, in mancanza di espressione affatto equivalente, usano il verbo *relinquere :* fr. 5, pr. XXXI. —fr. 14, § 3, XXXIV, 1.

(4) § 1, J. II, 20. « Legatum est donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda.»—fr. 116, pr. XXX. «Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. » fr. 36, XXXI.

(5) La storia di questa materia può sola spiegar la distinzione tanto importante nel vecchio dritto infra 'l legato ed il fidecommesso particolare. —*V.* Caio, II, 191-289. — Ulp. XXIV, XXV. — Paolo, III, 6.— Doneau, *Comm.* VIII, 2.—Gans, *Scolii su Caio*, p. 330. — Schweppe, *Rechtsg.* § 490. — Martin, *Lanx satura discriminum etc.* Gœtt. 1787.

(6) Const. 2, VI, 43. — § 3, J. II, 20.—fr. 1, XXX. — Thibaut, *Sist.* § 745.

(7) Const. 32, VI, 42.— § 12, J. II, 23. — const. 13, IV, 1.

1. Che colui solo può legare, il quale ha la fazion di testamento attiva (1).

2. Che non si può onorar di un legato se non chi abbia la fazion di testamento passiva (2).

3. Che tutti quelli i quali ricevono qualche cosa nella succession del defunto, possono essere incaricati della soddisfazion di un legato (3). Però, un legatario non può egli stesso esser richiesto di restituir più che dal testamento non abbia ricevuto (4). Se il testatore non indica la persona incaricata di sodisfare al legato, deve farlo l' erede; e se tra più eredi il testatore non ha specificato che il tale abbia a pagare il tal legato, ciascuno dovrà soddisfare a' legati in ragguaglio della sua parte ereditaria (5).

4. Che il testatore non può incaricar l' erede di pagare un legato a sè medesimo (6). Pertanto, se vi sono più eredi, ed il testatore ha legato ad un d' essi qualche cosa da prendere anticipatamente d' in su tutta la successione *(praelegatum)* (7), il legato non consiste realmente se non in quella parte che i coeredi debbon dare in proporzione della lor rata ereditaria; perciocchè quel rimanente, che per la propria sua rata l' erede dovrebbe pagare a se medesimo, egli il prende siccome erede (8).

§. 733. IV. *Dell' obbietto dei legati.*
A. *Principj generali.*

Tutte quelle cose che il legatario può acquistare, possono pure essergli legate (9), se non ancora son sue nel tempo della ordinazion del legato (10), e se gli recano utilità (11). Riscontrandosi queste condizioni, si può far lascio:

1. Di cose, parimente che di atti da farsi a pro del legatario, purchè sieno leciti (12).

2. Di cose in essere, e di cose a venire, purchè di queste ci sia speranza che verranno (13).

(1) Fr. 2, XXX. — fr. 114, pr. § 1, ibid.

(2) § 24, J. II, 20. — Ma si possono ad un incapace lasciar degli alimenti: fr. 11, XXXIV, 1. — In qual tempo il legatario dev'esser capace? *V.* de Schrœter, *Obs. jur. civ.* Jenæ, 1826, obs. 6.

(3) Un tempo, non si poteva incaricar di un legato altro che l' erede: Ulp. XXIV. 20.

(4) § 1, J. II, 24. — fr. 15, XXIX, 7. — fr. 114, § 3, XXX. — fr. 1, § 6, XXXII. — fr. 1, § 17; fr. 17, § 2, XXXVI, 1.

(5) Fr. 33, pr. XXXI. — const. 2, IV, 16. — I fr. 54, § 3; 124, XXX, 17, XLV, 2, appartengono specialmente a questo luogo.

(6) Fr. 116, § 1, XXX. « Heredi a semetipso legatum dari non potest, a te coherede potest. »

(7) Usato in un sentimento più esteso, un prelegato è un legato che un de' coeredi riceve da un altro determinato coerede, e di nulla differisce da un legato ordinario: fr. 34, § 3, XXXII.

(8) Caio, II, 117. Quanto alle conseguenze di tal principio, *v.* fr. 76, § 1; fr. 86, 91, XXXV, 2. — fr. 18, § 3, XXXVI, 1. — fr. 34, § 12, XXX. — fr. 75, § 1, XXXI. — fr. 116, pr. § 1, XXX. — fr. 34, § 1, XXXI. — fr. 18, § 2, XXXIV, 9. — Su questa materia, si leggano: Vorda, *Interpr. et emend. jur. rom.* II, 2-5. — Pfeiffer, *De prælegatis.* Marb. 1798. — Nettelbladt, *Sposiz. sistem. de' prelegati.* — Pfordten, *Diss. de prælegatis.* Erlang. 1832.

(9) § 4, J. II, 20, comb. col fr. 49, § 2, XXXI, e col fr. 4, § 1, XXX. — Francke, *De legato rei commercio exemptæ.* Viteb. 1788. — Gluck, *Comm. ad fr. 49, § 2, D. leg. II.* Erlang. 1817.

(10) § 10, J. II, 20. Si eccettua quando il testatore gli abbia espressamente legato la cosa pel caso ch'egli dovesse alienarla: fr. 21, § 2, XXX. — fr. 1, § 2, XXXIV, 7.

(11) Arg. § 14, J. II, 20. — fr. 114, § 14, XXX.

(12) Fr. 12, XXXII. — fr. 112, § 3, XXX.

(13) § 7, J. II, 20. — fr. 24, pr. XXX. — fr. 17, XXXII.

3. Di singole cose e di somme determinate di danari *(pars quanta)*, del pari che di una universalità di cose e di una porzione di tutta la successione. Il legato di una determinata somma o di una quantità di cose fungibili si chiama *legatum quantitatis* (1); ma quello di una porzion di tutta una successione dicesi *legatum partitionis*, ed il legatario *partiarius* (2); il qual sebbene erede non sia, pur ne tiene non poco. Vero è che i crediti nè i debiti del defunto non passano a lui; ch' egli non gode del dritto di accrescimento; e che quando per la mancanza dell' erede instituito il testamento é *destitutum*, il legato di porzione egualmente vien meno. Quant'è all'erede, egli ha il dritto di soddisfare al legatario parziario, dandogli quella parte della eredità che gli spetta (3); ma nol facendo, egli ed il legatario si debbono reciprocamente cautelare mediante la stipulazione *partis et pro parte*, con la quale fermano di partecipare a' guadagni ed a' danni della eredità *(lucra, damna hereditaria)*, ciascuno secondo sua rata (4).

4. Può l' uomo legar non solo le cose sue proprie, ma eziandio quelle o dell'erede (5), o anche d' un terzo. Queste ultime debbono allora esser comprate dall' incaricato della soddisfazion del legato, e rimesse al legatario; e non essendo possibile il comprarle, dev' egli pagarne il valsente: ma si richiede che il testatore abbia saputo la cosa da lui legata appartenersi ad un terzo, perciocchè s' egli lo ignorava, il legato generalmente è nullo (6).

5. Finalmente, il legato può esser fatto così di cose corporali, come d' incorporali.

§. 734. B. *Del legato di cose incorporali.*

Infra' legati di cose incorporali vogliönsi particolarmente noverare:

1. Il legato di un credito *(legatum nominis)*; ch' è quando il testatore lega un credito ch' egli o pure il suo erede ha contro ad un terzo (7). L'effetto di questo legato è di obbligar l'erede a cedere al legatario l'azion del defunto; stantechè tutte le azioni ereditarie sono attivamente e passivamente trasmesse all' erede. Quando il credito manca, o quando esso è già cessato in vita del testatore, per esempio perchè gli sia stato pagato, il legato è nullo; salvochè il credito non sia stato designato *demonstrationis causa* (8) (9).

(1) Fr. 34, § 3, 4, XXX.-Dig. XXXIII, 6.

(2) Ulp. XXIV, 25.—Voorda, *Diss. de leg. partitionis*, e *Comm. ad Leg. Falc.* p. 430. — Gonradi, *Diss. de leg. part.* Lips. 1756.

(3) Fr. 26, § 2; fr. 27, XXX.— fr. 32, § 8, XXXIII, 2.

(4) Ulp. XXV, 14, 15. — § 5, J. II, 23. Altro è per dritto nuovo, dopo la disposizion di Giustiniano che ha pareggiato i legati ed i fedecommessi; perciocchè il legatario parziario dev'esser considerato come successore universale, e le stipulazioni di parte e per parte non sono più di bisogno.

(5) L'erede ha da consegnarle, nè può liberarsene con dare il valsente: fr. 71, § 4, XXX. — const. 25, VI, 42.

(6) § 4, J. II, 20. — § 1, J. II, 24. — const. 10, VI, 37. — fr. 57, XXX. — Del caso, in cui il legatario acquista, vivendo il testatore, una cosa da costui legatagli, vedi il § 6, J. II, 20. Quant'è al legato dell' altrui cosa in generale, v. Majansius, *Diss. de leg. rei alienæ*. Disp. jur. t. 1, n° 20. — Warneyer, *Diss. de leg. rei tertii*. Halæ, 1788.—Gottschalk, *Diss. de leg. rei alienæ*. Dresd. 1800.

(7) § 21, J. II, 20.— fr. 44, § 6, XXX.

(8) § 21, ibid. — fr. 75, § 1, 2, XXX. —V. fr. 96, pr. ibid.—fr. 27, § 2, XXXII. —Haubold, *De leg. nominis*. Lips. 1793. — Che cosa è il *calendarium* e l'*actio calendarii?* fr. 39, § 14, XXVI, 7.

(9) Cioè, quando il testatore avesse designato un suo credito per dimostrare onde il legatario potesse esser soddisfatto; nel qual caso non il debitore s'intendea gravato della soddisfazione, ma l'erede. Sonovi stati autori, che hanno opi-

2. Il legato di liberazione *(legatum liberationis)*; ch'è quando il testatore lega a qualcuno ciò ch'egli deve al testator medesimo, o anche ad un terzo (1).
3. Il legato di un debito *(legatum debiti)*, allorchè il testatore lega al suo creditore quel medesimo ch'egli ha da dargli; il qual legato non vale, se non quando apporti qualche utilità al legatario (2) (3).
4. Il legato di una servitù reale o personale (§ 324) (4).
5. Il legato di un dritto di peguo o d'ipoteca (§ 343) (5).
6. Il legato d'un tanto l'anno o ad ogni altro termine prefisso *(legatum annuum)* (6), il quale ha questo di particolare, che ciascun termine dev'esser considerato come un legato a parte (7) (8).

§. 735. C. *Del legato della specie e di quello del genere.*

Quando la cosa legata è individualmente determinata, il legato si chiama *legatum speciei*; quand'è poi determinata soltanto pel genere al quale ess'appartiene, il legato ha nome di *legatum generis* (§ 154). Il legato di cosa definita pel suo genere, è nullo, se il genere è tanto largo da comprender pure delle cose inutili, o se il defunto non lascia alcuna cosa del genere da lui designato (9). Ma quando la successiou contiene diverse cose del genere detto nel legato, il dritto di eleggere è di colui al quale il testatore l'ha dato. Se la elezione è lasciata al legatario medesimo, il legato si chiama *legatum optionis s. electionis*, ed il legatario può sceglierc la cosa migliore; ma quando per opposto elegge l'erede, egli non può dar la peggiore (10). Caso che il testatore non abbia dato il dritto di scegliere ad alcuno de'due, se il legato è tale da produrre un'azion reale, la scelta appartiene al legatario; se il legato dà solamente luogo ad un'azione avverso l'erede, questi, come generalmente ogni debitore in quanto alle sue obbligazioni, ha la facoltà di eleggere. Ma nel primo di questi casi, il legatario non può sceglier la cosa migliore, e nel secondo l'erede non può costringerlo ad accettar la peggiore (11).

nato in contrario, a cagion de' fr. 88, § 8, XXXI; fr. 50, § pen. fr. 77, XXX. *(Trad.)*

(1) § 13, J. II, 20. — fr. 3, § 3; fr. 25, XXXIV, 3. — Otto, *De liberat. ab indebito legato;* Oelrichs *Thes.* vol. 3. — Sul cit. fr. 25, in particolare: Averanius, *Interpr.* V, 22. — Cuiacio, *Ad L. 25, D. de liberat. leg.* — Arndts, *Ad L. 25 etc.* Berol. 1825.

(2) § 14, 15, J. ibid. — fr. 4, XXXVII, 7. — fr. 84, § 6, XXX. — fr. 82, pr.; fr. 85, XXXI. — const. un. § 3, V, 13. — Muller, *De leg. debiti.* Lips. 1788.

(3) Cioè, sempre che nel legato non sia più che nel debito; ma quando o sia lasciata maggior somma, oppure ordinato più commodo pagamento, il creditore può usar suo dritto di legatario. *(Trad.)*

(4) § 1, J. II, 4. — § 4, J. II, 3. — Dig. XXXIII, 2, 3. — Bauer, *Diss. de leg. usufr.* Lips. 1795. — Allorchè di una cosa la proprietà è stata legata ad uno e l'usufrutto ad un altro, il fr. 19, XXXIII, 2, prescrive che il dritto di usufrutto sia comune ad ambedue; ma questa determinazione è stata cangiata con la const. 23, VI, 37. — Francke, *Obs. de jure leg. et fideicomm.* Jenæ, 1823. Obs. 2.

(5) Fr. 26, pr. XIII, 7.

(6) Dig. XXXIII, 1. — De' legati di alimenti: Dig. XXXIV, 1. — De' legati annui: Hœster, *Diss. sistens quædam e materia de annuis leg.* Kil. 1819.

(7) Fr. 10, XXXVI, 2. — fr. 4, XXXIII, 1. — *V.* appresso, il 737.

(8) Perchè, a riserva del primo, tutti i rimanenti s'intendono fatti sotto la condizione, *si legatarius vivat;* epperò, morendo egli, i suoi eredi non hau più che pretendere. *(Trad.)*

(9) Fr. 71, pr. XXX. — fr. 69, § 4, XXIII, 3.

(10) § 23, J. II, 20. — fr. 2, XXXIII, 5. — fr. 110, XXX. — Voorda, *Interpr.* I, 9. — Gebauer, *Tit. Dig. de opt. leg.* Gœtt. 1747. — Andreæ, *De leg. opt.* Lips. 1798.

(11) § 22, J. II, 20. — fr. 20; fr. 37, pr.; fr. 108, § 2, XXX. — fr. 2, § 1, XXXIII, 5. — Francke, *Obs. de jure leg. et fid.* Jenæ, 1832; Observ. 1.

§. 736. V. *Della modalità de' legati.*

Un legato può lasciarsi a differenti modi, tanto semplicemente, quando sotto condizione; e di tutte condizioni, anche delle risolutive, è capace, se ne togli quelle poste per guadagneria, le quali sono così vietate ne' legati, come nelle instituzioni di eredi (1). Ancora, è permesso di gravar l'erede, o qualunque altra persona gratificata col testamento, della soddisfazion di un legato sotto titolo di pena, pel caso ch' egli non facesse la tale opera buona, o che dalla tale opera cattiva non si astenesse (*legatum poenae nomine ad coercendum heredem relictum*) (2). Si può similmente legare a termine (*sub die*), senza distinguer se il termine è certo o pure incerto, nè s'esso sia posto per cominciamento o per fine della ragion del legatario (3). Finalmente, nulla toglie che si possa legar con una cagione, con un modo, con una designazione (*sub causa, sub modo, sub demonstratione*) (4). La questione del se possa farsi dipendere un legato dalla volontà d'un terzo, è molto disputata in dritto romano (5): il certo è che non si può farlo dipender del tutto dalla volontà dell' erede medesimo (6).

§. 737. VI. *Dell' acquisizion de' legati.*
A. *Di quando il legato pervenga, e quando si possa chiedere*

Nell' esaminar l'acquisto e la riscossion de' legati bisogna por mente alle due seguenti locuzioni: *dies legati cedit*, e *dies legati venit*. La prima significa, che il legatario ha acquistato il dritto al suo legato, in guisa da trasmetterlo da quell' istante a' suoi successori: con la seconda si denota, che il legatario ha il dritto di esigere la soddisfazion del legato (7).

Per risolver la quistione: *Quando dies legati cedit aut venit*, bisogna distinguere:.

1. Il dritto al legato lasciato puramente (al quale in ciò s'assomiglia il legato *sub modo*, *sub conditione resolutiva*, *in diem*, ed *ex die certo*) si acquista dal legatario nell' istante della morte del testatore (8); salvochè non sia tale, che non si trasmetta agli eredi del legatario, per esempio il legato di un usufrutto, perciocchè il dritto a siffatto legato non è

(1) Fr. 64, XXX.

(2) § 36, J. ibid. — Dig. XXXIV, 6. — const. un. VI, 41. — Ulp. XXIV, 7. — Caio, II, 235. — Sammet, *Diss. de leg. poenæ nomine*. Lips. 1748. — Majansius, *Disp. jur.* 42. — Becmann, *De leg. poen. nom.* Halæ, 1748. — Mercus, *eod. tit.* L. — B. 1807. — Gœschen, *Obs. jur. rom.* Obs. 3.

(3) Puossi dunque legare *ex die certo* e *ad diem;* il che non si ammette nella instituzione (§677). Il *dies incertus a quo* è generalmente risguardato siccome condizione: fr. 75, XXXV, 1. — fr. 4, pr.; fr. 21, pr.; fr. 22, pr. XXXVI, 2. — fr. 49, § 1-3, XXX: eccetto però se non si sospenda il dritto al legato, ma si ordini che non debba esser soddisfatto se non *die existente:* const. 3, 5, VI, 53.

(4) Dig. XXXV, 1. — Quanto alla *causa:* § 31, J. ibid.; fr. 17, § 2, 3; fr. 72, § 6, XXXV, 1. — Quanto al *modus:* fr. 17, § 4, ibid.

(5) *V.* fr. 43, § 2; fr. 75, pr. XXX. — fr. 1, XXXI. — fr. 11, § 7, XXXII. — fr. 52, XXXV, 1. — fr. 46, pr. § 1-5, XL, 5. — Gluck, *Comm.* XXXIII, 1406.

(6) Fr. 43, § 2, XXX. — fr. 46, § 4, XL, 5. La ragion è, che non si può rimettere all'arbitrio del debitore il pagar suo debito: fr. 8, XLIV, 7. — fr. 17; fr. 46, § 3; fr. 105, § 1, XLV, 1.

(7) Dig. XXXVI, 2. — Cod. VI, 53. — fr. 213, pr. L, 16. « *Cedere* diem significat incipere deberi pecuniam: *venire* diem significat cum diem venisse, quo pecunia peti possit.» — fr. 5, pr. XXXVI, 2. «Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum.»

(8) Fr. 5, § 1; fr. 21, pr. ibid. — const. un. § 1, 5, VI, 51.

acquistato se non dal momento che l'erede accetta il retaggio (1). Ma non si può giudizialmente domandare il legato, se non dopo che l'erede abbia fatta l'accettazione; e caso che il legato sia lasciato *ex die certo*, non si può chiedere prima che quel giorno sia giunto (2).

2. L'acquisto del dritto ad un legato lasciato sotto condizion sospensiva o dopo un tempo ancora incerto, dipende dallo adempimento della condizione o dalla venuta di quel tempo (3), eccetto quando il testatore non avesse sospeso il dritto al legato, ma la soddisfazione di questo (4). In tutti i casi, il legatario non può esigere il lascio, se non quando l'erede sia andato alla eredità (5).

3. Rispetto al legato annuo (*legatum annuum*), la prima rata è acquistata nello stante della morte del testatore, e ciascuna delle susseguenti allorquando il legatario sopravvive a ciascun de' termini postigli: ma venuto che un termine sia, il legatario acquista tuttaquanta la rata di quello, e sì la trasmette agli eredi (6) (7).

§. 738. B. *Dell' acquisto de' dritti dal legato attribuiti.*

Non s'ha da confondere l'acquisto de' dritti costituenti il legato con l'acquisto del dritto al legato, da cui la sua trasmessione dipende. Il dritto al legato è dal legatario acquistato tostochè *dies legati cedit*, e ciò di pieno dritto, anche senza sua saputa, epperò senza bisogno ch'egli accetti (8): ma bene egli può rinunziare al legato, ed allora è considerato come se non vi avesse avuto mai dritto (9). Quant'è poi all'acquisto de' dritti dal legato impartiti, son da distinguere i casi che seguono:

1. Il legatario generalmente non acquista la proprietà della cosa lasciatagli, se non per la tradizione che gliene faccia l'erede: nè diventa proprietario di pieno dritto dall'istante dell'accettazion dell'eredità, se non quando il legato sia di una specie (*species*) stata propria del defunto (10).

2. Egli acquista parimente di pieno dritto, sittostochè la successione è accettata, il *jus in re* legatogli sopra una cosa propria del testatore.

3. Ma egli non acquista il credito legatogli, se non per cessione fattane dall'erede: nondimeno ha, senza la detta cessione, un azione utile (11).

4. Finalmente, se il legato è di una porzion della successione, egli ha

(1) Fr. 2, 3, 8, XXXVI, 2. — fr. un. § 2, VII, 3. — Il legato del lavoro di uno schiavo o di un animale (*legatum operarum servi et animalis*) è eccettuato: fr. 2, XXXIII, 2. *V.* sopra, il § 318.

(2) Fr. 32, pr. XXXI. — fr. 21, pr. XXXVI, 2.

(3) Fr. 5, § 2, ibid. — const. un. § 7, VI, 51.— fr. 1, § 14, XXXVI, 3.— fr. 4, pr.; fr. 21, pr.; fr. 22, pr. XXXVI, 2.— fr. 49, § 1-3, XXX.

(4) Const. 3, 5, VI, 53.

(5) Fr. 32, pr. XXXI.

(6) Fr. 4; fr. 8, XXXIII, 1.—fr. 12, pr. § 1; fr. 23, XXXVI, 2.

(7) Diversamente dall'usufrutto, a cui pure il legato annuo si assomiglia in quanto che tutt'e due finiscono con la morte. Ma nel legato annuo, cominciato ch'è l'anno, se il legatario muore, lascia agli eredi il contingente di tutto l'anno; dovechè morendo l'usufruttuario, i frutti non peranco raccolti, conluttochè sieno maturi, non vanno agli eredi. (*Trad.*).

(8) Fr. 81, § 6, XXX.—fr. 75, § 1; fr. 80, XXXI.—const. 6, VI, 53. Però, se il legato gli fosse stato fatto sotto la espressa condizione *si volet*, egli nol fa suo, se non dichiarando di volere: fr. 65, § 1, XXX. — fr. 69, XXXV, 1.

(9) Fr. 44, § 1; fr. 38, § 1; fr. 86, § 2; XXX.—Egli non può accettare nè rifiutare in parte: fr. 38, pr. ibid. — fr. 4, 58, XXXI.

(10) Fr. 80, XXXI.—fr. 64, XLVII, 2. — fr. 69, pr.; fr. 86, § 2, XXX.—fr. 26, pr. XXXIII, 2.

(11) § 21, J. II, 20.—fr. 44, § 6; fr. 75, § 2, XXX.

similmente un'azione avverso l'erede perchè gli dia la porzione lasciatagli (§. 733) (1).

§. 739. *Delle azioni competenti al legatario.*

Quando il legatario ha acquistato il dritto al legato, e quando venuto è il giorno ch'egli può chiederlo, la legge gli dà le seguenti azioni:

1. Un'azione personale avverso l'erede, la qual nasce quasicchè da un contratto per l'accettazione da quest'ultimo fatta dell'eredità: essa tende alla prestazion del legato, e chiamasi *actio legati* o pure, quando l'erede è testamentario, *actio personalis ex testamento* (2).
2. L'azione ipotecaria, a cagion dell'ipoteca ch'egli ha sulla parte ereditaria di colui ch'è incaricato di pagare il legato: la quale azione, destinata a guarentir suo dritto, gli compete avverso qualunque possessore della detta porzione ereditaria (3).
3. L'azion di ricuperazione e l'azion confessoria *(rei vindicatio et actio confessoria)*, quando il legato è di cosa propria del testatore, o di una servitù sopra tal cosa; le quali azioni parimente son date contro a qualsivoglia possessore (4).
4. Quando il legato è stato fatto *sub conditione* o *sub die*, o quando il legatario non può dimandarlo per qualunque altro motivo, per esempio perchè vi sia litigio, egli può pretendere che la persona gravata del lascio dia per mezzo di mallevadori la *cautio legatorum servandorum*; e se tal cauzione è ricusata, vi ha luogo ad una messione in possesso (5).

D'altra parte, l'erede ha contro al legatario, il qual siasi arbitrariamente impossessato del legato prima ch'egli medesimo ne abbia pigliato il possesso, l'interdetto *Quod legatorum*, che ha per fine di far restituire il legato (6).

§. 740. D. *Del dritto di accrescimento infra collegatari* (7).

Quando una medesima cosa deve dallo stesso erede esser rilasciata a più persone (8), queste in quanto a tal cosa si chiamano collegatari *(collegatarii)*, ed un dritto di accrescimento ha luogo tra loro. Il qual però cessa quando il testatore abbia usata la sua facultà di espressamente vietarlo (9); ed ancora, allorchè taluno de' collegatari manchi dopo di avere già acquistato il dritto al legato, la sua parte si trasmette a'suoi eredi (10). Bisogna ol-

(1) Fr. 26, § 2; fr. 27. XXX. — fr. 32, § 2, XXXIII, 2.

(2) § 5, J. III, 28. — § 2, J. II, 20.—fr. 69, § 5; fr. 82, pr. XXX. — fr. 29, § 3, XXXII. — fr. 75, XXXV, 2.

(3) Const. 1, VI, 43.

(4) Const. 3, § 2, ibid.

(5) Dig. XXXVI, 3, 4. — Cod. VI, 54.

(6) Dig. XLIII, 3. — Cod. VIII, 3.

(7) Del dritto vecchio: Caio, II, 199, 205-208, 215, 223, 286.—Ulp. XXIV, 13. — Gœschen, *Obs. jur.* p. 1. — Del dritto nuovo: § 8, J. II, 20. — Cod. VI, 51. — Doneau, *Comm.* VIII, 21. — Heisler, *De jure accr. in leg.* 1776. — Olzio, *Analisi storica del dritto di accrescimento tra collegatari secondo il dritto romano, le leggi di Giustiniano, e le principali legislazioni moderne di Europa.* Liegi, 1830.

(8) Perciocchè se la stessa cosa è stata lasciata a più persone per mezzo di differenti eredi, quelle persone non debbono aversi per collegatari, e quindi tra loro non vi ha dritto di accrescimento, ma il legato divenuto vacante rimane a quell'erede che n'era gravato: fr. 11, VII, 2.

(9) Perchè qui non gli è tolta tale facultà, com'è nella instituzion dell'erede per la regola: *nemo pro parte testatus etc.* *V.* sopra, § 724.

(10) Si eccettua l'usufrutto legato, in cui la parte del deficiente accresce al suo collegatario, anche quando egli aveala di gia acquistata. Dig. VII, 2. — Fragm. Vat. § 79-89. — Suerin, *Quæst. de usufr. accr.* Otto *Thes.* t. 4 p. 98. — Merten, *Diss de usufr. accr.* Erford. 1773. — Biener.

tre a questo esaminare a che modo i collegatari sieno uniti nell' ordinazion del legato. Quando il mancante è un *mixtim conjunctus*, la sua parte accresce soltanto a quelli che son *conjuncti* con esso; dovechè mancando un *disjunctus*, essa accresce a tutti gli altri disgiunti e mistamente congiunti, in ragguaglio della prima lor parte (1). I *verbis conjuncti* non godono dritto alcuno di accrescimento (2). Il disgiunto non può cessar l' accrescimento, ma questo ha luogo in lui *sine onere* della porzione accrescente: quant' è al mistamente congiunto, è in suo arbitrio di accettar la porzione vacante, ma questa accresce *cum suo onere* (3). Da ultimo, allorchè colui che non ha compagni nel legato, il rifiuta, esso rimane all' erede che dovrebbe soddisfarlo (4).

§. 741. VII. *Della legge Falcidia.*
A. *Del suo contenuto.*

La legge Falcidia, che fu fatta nell' anno di Roma 714, apportò delle restrizioni importanti alla libertà del testatore di gravar la sua successione di legati. Essa ordinò che nessuno potesse largheggiare in legati oltre a' tre quarti della sua facoltà; di guisa che l' erede dovea godere di almeno un quarto della eredità, ed aveva il dritto, caso che il testator contraffacesse, di scemare ragguagliatamente i legati infino al compimento del detto suo quarto (5). Oggi chiamasi *quarta Falcidia*, ma i romani dicevano semplicemente o *quarta* ovvero *Falcidia* (6).

§. 742. B. *A chi ella s' aspetti.*

La quarta Falcidia appartiene:

1. A qualunque erede diretto, o che testamentario, o che ab intestato (7); ma il legatario ed il fidecommissario gravati di legati e di fedecommessi, non l' hanno (8).

2. Quando vi son più coeredi, la legge Falcidia ha luogo separatamente a favor della parte di ciascuno, quando anche la massa de' beni non fosse

Ad L. 10, D. de usufr. accr. Lov. 1827. —Heimsœth, *Diss. de usufr. accr. in jure rom.* Col. 1831.

(1) § 8, J. II, 20.—const. un. § 11, VI, 51.—fr. 88, XXXII.—fr. 41, pr. XXXI.

(2) Fr. 11, VII, 2. — Il fr. 89, XXXII, par che dica il contrario; ma quivi non è parola del dritto di accrescimento, trattandosi soltanto di dare un privilegio a' legatari *re et verbis conjunctis* sopra l' erede, conformemente alla legge Giulia e Papia Poppea: come si cava dal titolo di questo frammento, e da Caio, II, 207. — *V.* Holtius, p. 9-19. — Il dritto di accrescimento ha luogo anche meno infra' legatari, a' quali siasi data una parte determinata e reale della medesima cosa: fr. 1, pr. VII, 2. — fr. 84, § 12, XXX.

(3) Const. un. § 11, VI, 51.

(4) Fr. 44, § 1, XXX.—fr. 15, XXXIV, 5. — const. un. § 11, VI, 51.

(5) Caio, II, 224 seg. — Ulp. XXIV, XXXII. — Paolo, III, 8. — Dig. XXXV, 2, 3. — Cod. VI, 50. — Nov. 1, c. 2. — Teofilo, sulle Inst. II, 22. — Voorda, *Comm. ad L. Falc.* Tr. ad Rh. 1730. — Del dritto vecchio, massime della *Lex Furia* e della *Vocania*, vedi Schrader, *Sulla L. Furia*. Mag. civile di Ugo, t. 5. — Kind. *De L. Voconia*. Lips. 1820. — Savigny, *Della L. Voconia*. Acad. Berl. an. 1820. — Hasse, *Della L. Voc.* Museo *Renano, an. 3.*

(6) *V.* in generale: Doneau, *Comm.* VIII, 22-27.

(7) La legge Falcidia attribuiva tal dritto a' soli eredi testamentari, o che instituiti, o che sostituiti; ma il fr. 18, pr. XXXV, 2, lo dà parimente agli eredi ab intestato.

(8) Fr. 47, § 1, Ibid. «La ragione è che «cum semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur.» fr. 55, § 2; fr. 22, § 5, XXXVI, 1. — Nondimeno, scemando l' erede la porzion del legatario, questi ha pur egli il dritto di scemare a proporzione il legato commesso a lui medesimo; ma questa regola non s' ha da intender così, ch' egli avesse dritto alla quarta Falcidia: fr. 32, § 4, XXXV, 2.

di troppo gravata (1). Ma quando un de' coeredi vien manco, e la sua porzione accresce a' rimanenti, nasce quistione se la quarta Falcidia abbia ad intendersi di ciascuna porzione a parte, o pur diffalcarsi da tutte le porzioni insieme (*utrum separetur an confundatur legatorum ratio*). E si risolve esaminando, se la porzione accrescente è gravata e l'accresciuta no, o se è viceversa, o se tutt'e due porzioni sono gravate: perciocchè nel primo caso, le due parti son separate, e la quarta è dedotta dalla sola parte gravata; nel secondo, le due parti son contate per una sola, e la quarta si cava dal tutto; nel terzo, la quarta è detratta da ciascuna porzione (2).

3. Allorchè de' legittimarii son gravati di lasci per modo, che non pur la legittima ad essi rimanga, i legati debbono essere scemati infino al compimento della legittima (3).

§. 743. C. *Ond' ella si diffalchi.*

In generale, tutti i legati, i fidecommessi particolari e le donazioni a causa di morte son soggetti a diffalco (4); non però le donazioni tra vivi (5), salvochè non dovessero aver valore ed esecuzione soltanto dopo la morte del testatore (6). E devesi il diffalco fare a proporzione in su tutti i legati, se il testatore non ha espressamente determinato d'in su quale o quali esso, occorrendo, debba esser fatto (7).

§. 744. D. *Della sua computazione.*

La quarta Falcidia dev'esser computata come segue:

1. Per diffinir se uno erede ha generalmente il dritto di scemare i legati per compiere la sua quarta Falcidia, s'ha da considerar la quantità della successione nel tempo della morte del testatore. Se la successione non era in quel tempo gravata, i legatarii non debbono soffrire alcun diffalco, quand'anche poi appresso la successione si fosse per qualche accidente assottigliata per modo, che n'andasse di mezzo la quarta dell'erede: ma d'altra parte, essi debbono sottostare al diffalco anche quando la quarta dell'erede, manomessa da principio, si compia poi appresso per qualche accrescimento dell'eredità (8).

2. La quarta dev'esser calcolata in sul patrimonio del defunto, dedotti in prima i debiti, i carichi della successione, e le spese de' funerali e dello inventario (9).

3. L'erede ha da computare soltanto ciò ch'egli riceve siccome erede, e non punto ciò che per avventura avesse come legatario; il perchè, sendo

(1) § 1, J. II, 22: «—etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.» (a) — fr. 77, XXXV, 2. — Becht. de Bernstorff, *Diss. de ratione L. Falc. in sing. hered. ponenda.* Gœtt. 1754.

(2) Fr. 78, ibid. — *V.* fr. 1, § 13, 14; fr. 11, § 7, 8; fr. 87, § 3, 5; fr. 14, § 2; fr. 21, § 1; fr. 25, pr. ibid.

(3) Const. 20, VI, 50. — const. 24, III, 36. — Nov. 1, c. 1, § 1.

(4) Const. 2-5, VI, 50.

(5) Fr. 27, XXXIX, 6.

(6) Const. 12, ibid. — const. 2, VIII, 57.

(7) Fr. 88, § 2; fr. 64, XXXV, 2.

(8) § 2, 3, J. II, 22. — fr. 73, pr. XXXV, 2.

(9) § 3, J. ibid. — fr. 1, § 19; fr. 36, § 2; fr. 72, XXXV, 2. — const. 6, pr. VI, 50.

(a) Cioè, come spone il Vinnio: «legi non satisfieri, nisi singulis heredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur: et hoc est quod dicitur, *in singulis heredibus ratio etc.* (*Trad.*)

egli onorato di un prelegato, non compren le nella quarta altro che quella parte ch' egli dovrebbe a se stesso pagare (1) (2).

4. Quando il legato è di rendite a vita, il cui valore per la incertezza del tempo che il legatario vivrà non si può definire appuntino, per esempio un legato annuo, di alimenti, di un usufrutto (*legatum annuum, alimentorum, usufructus*), bisogna esaminar se cosiffatto legatario solamente vi ha, o se ve ne sono degli altri. Nel primo caso, ciascun pagamento dee farsi intero, fino a che tutto il pagato non intacchi la quarta; ma allora questa si diffalca (3) (4). Nel secondo caso, devesi di presente salvare la quarta, diminuendo il legato; e ciò in proporzione della età del legatario e del tempo che si presume rimanergli da vivere (5). Il lascito è qui dunque considerato come un tutto, il qual s'abbia a scemare per dar la quarta all'erede, e che del resto si ripartisca secondo il numero presunto degli anni al legatario rimanenti.

§. 745. E. *In quali casi ella non abbia luogo.*

Il dritto di ritener la quarta Falcidia non ha luogo:

1. In generale:

a) Nel testamento di un soldato, quand' ei lo ha fatto *jure militari* (6).

b) Quando l'erede non ha accettata l'eredità col beneficio dell'inventario (7).

c) Quando il testatore ha espressamente o tacitamente divietata la ritenuta della quarta. Il che dal vecchio dritto non era permesso (8), ma Giustiniano dette al testatore questa facoltà (9), per la quale egli poteva ordinare al suo erede di restituir tuttaquanta la eredità.

d) Quando l' erede ha espressamente o tacitamente rinunziato al suo diritto (10).

(1) Fr. 74; fr. 76, pr. § 1; fr. 86; fr. 91, XXXV, 2.

(2) Perchè per questa parte egli è erede, stante che «—heredi a semetipso legatum dari non potest:» fr. 116, § 1, XXX. Il rimanente adunque del *prælegatum*, ch'egli riceve come legatario da' suoi coeredi, non è sommato nella quarta che gli spetta siccome erede, epperò può ritenerlo anche di là della sua Falcidia. *(Trad.)*

(3) Fr. 47, pr. XXXV, 2.

(4) Cioè l'erede non pagherà più l'annuo legato, e così verrà a diffalcar sua quarta *ex postfacto* da tutte le annuate pagate per addietro: «—eveniet ut retro omnia legata singulorum annorum imminuantur:» fr. 47, pr. XXXV, 48. Ma il medesimo non era del legato di alimenti e di quello d'usufrutto, come afferma l'autore; perciocchè il fr. 68 dello stesso titolo espressamente pone che in questi legati la computazione facevasi fin dal principio, secondo la età del legatario, con quell'ordine che quivi può leggersi. *(Trad.)*

(5) Fr. 55; fr. 68, pr. ibid. Il secondo de' quali testi contiene una duplice computazione della durata presunta del viver dell'uomo:

1. Chi è di età di men di venti anni, si fa ragione che probabilmente ne vivrà altri trenta; da' 20 a' 25, altri 28; da'25 a' 30, altri 25; da'30 a'35, altri 22; da' 35 a' 40, altri 9; da'55 a'60, altri 7; di là de'60, altri 5.

2. Ma vi si nota altresì, ch'è più ordinario l'ammettere che l'uomo insino a trent' anni vivrà probabilmente altri trenta, e che chi ne ha più di trenta vivrà tanti anni quanti gliene mancano per compier sessanta.— Schmetzler, *De probabilitate vitæ*. Gœtt. 1788. — Un autor pretende che ne'legati d'alimenti ed annui s'abbia a computar nel primo de'sopradetti modi; nel legato di usufrutto, al secondo modo.

(6) Const. 7, VI, 50. — fr. 17, 92, 96, XXXV, 2.

(7) Const. 22, § 14, VI, 30. — Nov. 1, c. 2, § 2.

(8) Fr. 15, § 1; fr. 27, XXXV, 2.—fr. 81, § 4, XXX. — const. 11, 18, VI, 50.

(9) Nov. 1, c. 2, § 2.

(10) Fr. 46, 71, XXXV, 2.—const. 19, VI, 50. — Si ha come tacita rinunzia la soddisfazion ch'egli faccia di un legato, o che a sciente, o che per errore di dritto: const. 9, ibid. — V. però il fr. 16, XXXV, 2, e la Nov. 1, c. 3.

2. In taluni legati, i quali per tal rispetto si potrebber chiamare privilegiati; ciò sono:

a) Il legato a pro d'istituzioni di beneficenza (1).

b) Il legato di una cosa, della quale il testatore abbia vietata l'alienazione (2).

c) Il legato di un debito, quando il creditore legatario non riceve niente oltre al suo credito (3) (4).

d) Qualunque legato, il quale debba supplir la legittima (5).

e) Finalmente ogni legato, il qual l'erede abbia tentato di sottrarre (6).

Del rimanente, quando vi ha de' legati privilegiati e di quelli non privilegiati, la perdita dev'esser sopportata dall'erede e non punto da' legatari non privilegiati; ondechè l'erede riceve di meno quella porzione che i legatari privilegiati avrebber dovuto dare per compier la quarta, se vi fossero stati obligati (7).

§. 746. VIII. *Della invalidità de' legati.*

Un legato può essere invalido dal principio, o pur diventarlo dappoi (8).

A. È nullo dal principio:

1. Quand'è stato lasciato da persona incapace, ovvero ad incapace.
2. Quando vi ha qualche vizio nella sua ordinazione.
3. Quando la cosa, ch' è stata legata, non era da ciò. Siffatto legato, nullo dal principio, per la regola catoniana (9) non diventava valido nè anche quando la cagion d'invalidità dispariva dappoi (10).

B. Un legato può perdere il valore già avuto:

1. Per *ademptio*, cioè se il testator lo rivoca (11). E questa rivocazione, alla quale nessuna formalità si richiede (12), può farsi per iscritto ovvero a bocca; anzi la intenzion di rivocare si manifesta non solo per mezzo di formali espressioni, ma eziandio per tali atti da' quali si possa tacitamente inferire. Tal è quando il testatore scancella il legato; quando egli distrugge la cosa legata o pur la trasforma in qualche altra specie, che non era la prima (*specificatio*); quand'egli l'aliena senz' alcuna necessità, o pur ne

(1) Pel vecchio dritto il lascito *ad pias causas* soggiaceva al diffalco, come si ricava dal fr. 1, § 5, XXX, 2, e dalla const. 49, I, 3: ma la Nov. 131, c. 12, ne lo francò. *V.* Auth. *Similiter*, C. VI, 50.

(2) Nov. 119, c. 11. — Auth. *Sed et*, C. VI, 50.

(3) Fr. 1, § 10, XXXV, 2. — fr. 1, § 12, XXXIII, 4. — fr. 81, § 1, 2, XXXV, 2. — fr. 28, § 1, XXX.

(4) Perchè in tal caso il legato propriamente era nullo, e solo il credito aveva effetto: ma se il creditore avea pel legato qualche cosa di più, o anche qualche maggior commodità nella riscossione, *lex quoque Falcidia in eo commodo locum habebit.* *(Trad.)*

(5) Fr. 87, § 3, XXXI. — const. 36, pr. III, 28. — Il simigliante è da dirsi della porzione della vedova indigente.

(6) Fr. 59, pr. XXXV, 2.

(7) Thibaut, *Sistema*, § 767, è di altro avviso, dicendo: «Bisogna da prima diffalcar dalla massa i debiti della successione, ed i legati pareggiati a' debiti, i quali non soggiacciono a scemamento alcuno.» Ma de' legati non sono de' debiti, sì bene delle liberalità, nelle quali il testatore è frenato dalla legge Falcidia in pro dell'erede: là dove siffatto freno è tolto, il solo erede ne scapita.

(8) Doneau, *Comm.* VIII, 16, 17.

(9) Fr. 1, pr. XXXIV, 7: «Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valet.»

(10) Da questa regola erano eccettuati i lasciti condizionali, e quelli a' quali il legatario non ha dritto prima dell'accettazion della eredità: fr. 2-4, XXXIV, 7. Essa nè anche si applicava a' fedecommessi: fr. 5, ibid. — fr. 1, § 1, XXXII. — Quant'è a sapere s'ella si applichi a' fedecommessi dappoichè la const. 2, VI 43, li ha pareggiati a' legati, gli autori sono discordi.

(11) Inst. II, 21. — Dig. XXXIV, 4. — Ulp. XXIV, XXIX. — fr. 3. § 7. XXXIV. — pr. 10, pr. XXXIV, 5.

(12) Fr. 3, § 11, ibid. — pr. J. II, 21.

fa donazione tra vivi ad un altro (1). Sonovi pure alcuni casi, ne' quali la rivocazion si presume, segnatamente quando nasce nimistà tra 'l testatore ed il legatario, o quando il testatore svillaneggia colui ch' egli ha onorato d' un lascito (2) (3).

2. Per *translatio*; sotto il qual nome va qualunque modificazione il testatore apporti ad un legato (4). E però:

a) Quand' egli lega altra cosa che quella legata dapprima.

b) Quand' egli commette ad un altro la soddisfazion del legato.

c) Quand' egli lega ad uno la cosa che prima avea legata ad un altro.

d) Quand' egli cangia le condizioni del legato (5). Ogni traslazion di legato porta seco rivocazione del legato già fatto ed ordinazione di un novello: ond' è che vi si ricercano tutte le solennità necessarie per la instituzion d' un legato; altrimente si avrebbe la rivocazione senza la traslazione, e nè il primo legato varrebbe, nè il secondo (6).

3. In parecchi casi un legato s' invalida anche senza il voler del testatore, ed allora dicesi *legatum extinctum*. Tal è:

a) Quando il legatario muore prima del testatore; o pur sopravvivendogli, ei muoia prima di avere acquistato dritto al legato, senza che collegatario alcuno vi sia (7).

b) Quando la condizione, dalla quale il testatore ha fatto dipendere il dritto al legato, non si effettua.

c) Quando il testamento contenente il legato è rotto, annullato, o abbandonato *(ruptum, irritum, vel destitutum)* (8).

d) Quando il legatario acquista da un' altra persona ed a titolo oneroso l' altrui cosa a lui legata (9).

e) Quando l' obbietto del legato perisce, o soggiace a tale specificazione che gli faccia mutar padrone (10).

4. Oltre a' detti casi, molti altri ve ne sono ne' quali un legato è considerato come non scritto *(pro non scripto)* (11), ed altri ne' quali è tolto al legatario per cagion di sua indegnità *(legatum ereptitium)* (12). Tra' primi è quando il legato suo proprio è stato scritto da quel medesimo che ha posta in iscritto l' ultima volontà del testatore, se questi non ha confermato il lascito altramente (13). Quant' è a' casi d' indegnità, se n' è già parlato nel § 710.

(1) Fr. 16—18. Ibid.—fr. 65, § 2, XXX. —§ 12, 21, J. II, 20.—const. 27, VI, 42.

(2) Fr. 3, § 11; fr. 4: fr. 13, XXXIV, 4.

(3) Per esempio, se il testatore, dopo avere in un primo testamento legata qualche cosa ad un affrancato, avesse scritto in un secondo: *pessimum libertum esse*. E quant'è al caso della nimistà, si nota che seguendo riconciliazione, il legato ripiglia vigore; *ambulatoria enim est voluntas defuncti etc. (Trad.)*.

(4) Inst. II, 21.—Dig. XXXIV, 4.

(5) Fr. 6. pr. Ibid.—§ 1, J. ibid.—fr. 5; fr. 3, 10, 24 pr. Ibid.

(6) § 12, 21, J. II, 20.—fr. 34, pr. XXX.

(7) Const. un. § 2. 4, 7, VI, 61.

(8) Pel dritto antico, un lascito era egualmente annullato allorchè la persona incaricata di soddisfarlo mancava: fr. 29, § 1, 2, XXXI. Ma il medesimo non è più per dritto nuovo: fr. 74, XXX. — const. un. § 10, VI, 51.

(9) § 6, J, II, 20.—fr. 21, § 1, XXXII. —fr. 17, 19, XLIV, 7.

(10) § 16, J. II, 20.—fr. 89, pr. § 1, XXXII. Quant'è al caso, in cui di più specie alcuna soltanto perisce, *V.* fr. 1, 2, XXXIII, 8.—§ 17—20, J. II, 20.—fr. 22, XXX.

(11) Dig. XXXIV. 8.

(12) Dig. XXXIV, 9.—Cod. VI. 35.

(13) Secondo il Senato consulto Liboniano. Dig. XLVIII, 10.—Cod. IX, 23.—fr. 1, XXXIV, 8.—fr. 29, XXVI, 2.—*V.* sopra, nota ult. al n° 2 del § 665.

CAPITOLO III.

DELLE SUCCESSIONI FIDECOMMISSARIE (1).

§. 747. I. *Nozione e specificazione del fedecommesso in generale.*

Chiamasi fedecommesso ogni disposizione di ultima volontà con la quale il testatore commetta a qualcuno di restituire in tutto o in parte i beni ch'ei gli lascia, ad un terzo. Se la succession medesima dev'essere tutta o in parte restituita, il fedecommesso piglia appo i romani il nome di *fideicommessaria hereditas*, ed appo i moderni quello di *fideicommissum universale*; se poi una cosa individua o una determinata somma dev'esser restituita, il fedecommesso è detto da' romani *fideicommissum singulae rei*, *s. fideicommissum speciale*, e da' moderni *fideicommissum singulare* (2). Al solo erede si può commetter la restituzione di un fedecommesso universale; ma di quella poi d'un particolar fedecommesso possono essere incaricati tutti quelli i quali ricevono qualche cosa dal testamento (3).

§. 748. II. *De' fedecommessi universali.*
A. *Idee generali* (4).

Il fedecommesso universale produce mai sempre, giusta il dritto di Giustiniano, una universal successione (5): esso dunque è una specie di sostituzione, perciocchè un altro erede prende, in tutto o in parte, il luogo del primo (6). Nientedimeno la sostituzion fedecommissaria differisce da quella volgare di uno erede diretto in ciò, che nella volgare il secondo erede non ottiene realmente la qualità di erede se non quando il primo non venga all'eredità, dovechè nel fedecommesso universale, per contrario, il secondo erede non può pretender la successione se non quando l'erede diretto abbia effettivamente credato. Ma a quel modo medesimo che nella volgar sostituzione il testatore può porre più gradi, così pure può egli ordinar che il fedecommesso universale dal primo erede sia restituito al secondo, da questo ad un terzo, ec. (7). Il fedecommesso instituito a pro della famiglia del

(1) *V.* in generale le fonti e gli autori sotto al § 725.—Poi: Chifletius, *De jure fideic. libri IV*, Otto *Thes.* t. 5; e sul dritto vecchio: Gans, *Scolii su Caio*, p. 347.—D. van de Winpersse, *De fideicom. rom. historia.* Lugd.—B. 1822.

(2) § 2, 12, J. II. 23,—Pr. J. II, 24. Noi abbiam già fatto avvertire che Giustiniano ha pareggiati i fidecommessi co' legati, con la const. 2, VI, 43 (*V* § 3, J. II, 20.—fr. 1, XXX). La qual constituzione, per altro, non pareggia co' legati se non se i fedecommessi *particolari*.

(3) Il testatore può similmente ordinar la restituzione di una successione altrui, ricaduta a lui stesso ovvero al suo erede; o pur la restituzione della successione dell'erede medesimo: fr. 76, § 1, XXXI.—fr. 16, § 5, 6; fr. 17, § 1; fr. 27, § 9, 10, XXXVI, 1.—fr. 114, § 7, XXX.—fr. 77, § 23, fr. 88, § 16, XXXI.—fr. 15, § 3, XXXV, 2.—[illegible]se, *De aliena hereditate restituenda.* [illegible]ll. 1816.

(4) Ulp. XXV, 14, 15.—Caio, II, 247-259.—Inst. II, 23.—Dig. XXXVI, 1.—Cod. VI, 42, 49.—Doneau, *Comm.* VII, 15, 17, 20-30.—Verheyon, *Diss. de fideic. hered.* Tr. ad Rh. 1802.—Hasse. *Diss. de vi etc. fideic. univ.* Lips. 1805.—Meens, *Diss. de fideic. heredit.* Lov. 1819.

(5) Prima di Giustiniano l'erede fedecommissario era, come dice Caio, II, 251: « *aliquando heredis loco*, *aliquando legatarii.* »

(6) Dicesi pure il fidecommesso universale *substitutio obliqua s. fideicommissaria*, per opposito a *substitutio directa*, la qual comprende le sostituzioni volgare e pupillare.

(7) § 11, J. II, 23. Può anche farsi tacitamente (*fideic. tacitum*), per es: fr. 114, § 6, 7. 11, 15, XXX.—fr. 67, § 5: fr. 69,

fondatore si chiama *fideicommissum familiae*, e quando la sua durata dee continuare finattantochè vi sieno membri di quella famiglia, il suo nome è *fideicommissum perpetuum* (1).

§. 749. B. *De' subbietti del fedecommesso universale.*

Le persone intervenenti in un fedecommesso universale sono:

1. Il *fideicommittens*, cioè chi lo instituisce; il qual deve aver la fazione di testamento attiva (2).
2. Il *fideicommissarius*, cioè chi ha da riceverlo; il qual deve avere la fazion di testamento passiva (3).
3. Il *fiduciarius*, cioè chi deve restituirlo; il qual può essere erede diretto, o anch'esso fidecommissario (4).

§. 750. C. *Della instituzione e dell' acquisto del fedecommesso universale.*

Un fedecommesso universale può, del pari che un legato, essere ordinato in qualunque disposizione di ultima volontà: esso è anche valido senza formalità veruna, quando il testatore lo abbia a voce commesso all'erede; ma in tal caso il fidecommissario non altrimente può provar suo dritto, che col giuramento del fiduciario (*fideicommissum praesenti heredi injunctum*) (5). Parimente, i principj relativi alla modalità ed all'acquisizion de' legati si applicano pure a' fedecommessi universali (6).

§. 751. D. *Del rapporto legale ch'è tra'l fiduciario ed il fidecommissario. 1. Secondo il Senatoconsulto Trebelliano.*

La efficacia di un fedecommesso universale dipende dal fatto, che l'erede diretto diventi realmente tale; il che avvenendo, egli è tenuto alla restituzione (7). Ma quando l'erede diretto è venuto alla successione, la qualità sua di erede rimangli, giusta il principio del roman dritto *semel heres semper heres*, anche quando egli debba come fidecommissario restituir tuttaquanta la successione: il perchè può ancora dopo la restituzione, come innanzi, richiedere i debitori della successione ed esser da quelli richiesto. Quant'è al fidecommissario, egli da principio, allorchè il suo fedecommesso era di una porzion della successione, si assomigliava moltissimo al mezzaiuolo (*partiarius*); al par del quale egli era soltanto successor particolare, e adoperava con l'erede diretto le stipulazioni *partis et pro parte*. Tale fu il dritto osservato infino a che il senatoconsulto Trebelliano, vinto sotto Nerone, nell'anno di Roma 814, ordinò che tutte le azioni le quali di ragion civile competevano all'erede diretto e contro di questo, egualmente avesser luogo, siccome utili azioni, in pro e incontro al fidecommissario, a pro-

§ 3; fr. 77, § 24, XXXI—fr. 38, § 3, 7, XXXII.—fr. 17, pr.; fr. 74, pr. XXXVI, 1: ma non si ha da confondere questo caso col *fidecommissum tacitum* detto dai romani quando a taluno si commetteva di rimettere un fedecommesso a persona incapace: fr. 103, XXX.—fr. 10, XXXIV, 9,—fr. 3, § 3. XLIX, 14,—*V.* sopra, § 710. A, 3, nota.

(1) Nov. 159.

(2) Ulp. XXV, 4.—fr. 2, XXX.

(3) Ulp. XXV, 6.—Caio II, 284.—fr. 67, § 3, XXXVI, 1.

(4) § 10, 11, J. II, 28.—fr. 1, § 6, XXXII.—fr. 8, § 1, XXIX, 7.

(5) § 2, J. II, 25.—§ 12, J. II, 23,—const. 32, VI, 42.

(6) § 2 infine, ibid.—Quant'è all'acquisto e alla trasmissione di un fedecommesso, *V.* fr. 25, pr.; fr. 44, pr.; fr. 46, XXXVI, 1.—const. 22, VI, 42.

(7) Il fiduciario dunque deve altresì dare una sicurtà fideiussoria o fidecommissaria, per guarentire la restituzione della successione: fr. 1. § 1, XXXVI, 4.—const. 1, 4, VI, 54.

porzione della sua parte. Essendo adunque il fidecommissario *heredis loco*, e producendo la restituzione una successione universale, le stipulazioni dell'antico dritto di parte e per parte non erano più necessarie (1).

§. 752. 2. *Secondo il Senatoconsulto Pegasiano.*

Con tutto ciò, l'erede diretto era sempre libero di accettare o rifiutar la successinne; anzi era da temer ch'egli non la repudiasse ogni volta che gli si commettesso di restituirla del tutto, quandochè nessun pro ne traeva. Per assicurar la efficacia de' fidecommessi egualmente da questo lato, il Senatoconsulto Pegasiano, fatto nel tempo di Vespasiano, estese la legge Falcidia a' fidecommessi universali, ordinando che in questi il fiduciario avesse il dritto di ritenersi in tutti i casi il quarto della successione o, alla più trista, della sua porzione ereditaria, ma che d'altra parte egli fosse tenuto ad accettar la eredità (2). Chi profittava di tal quarto restituiva la successione *ex Scto Trebelliano*, ed i crediti e' debiti si spartivano di pieno dritto tra lui ed il fidecommissario, secondo la rata di ciascuno: chi poi non aveva il detto quarto de' beni libero, restituiva *ex Scto Pegasiano*, e le due parti doveano da capo cautelarsi delle stipulazioni *partis et pro parte*, per guarentir la porzione ragguagliata di ciascuno negli avanzi e disavanzi ereditari (*lucra et damna hereditaria*) (3).

§. 753. 3. *Della riunion de' due Senatoconsulti, fatta da Giustiniano.*

Giustiniano riunì le disposizioni del Senatoconsulto Pegasiano con quelle del Trebelliano, e da siffatta riunione discendono i seguenti principj:

1. L'erede diretto, incaricato di restituire un fedecommesso universale, ha in ogni tempo il dritto di ritenere il quarto della sua porzione ereditaria (*quarta Trebelliana*).
2. I crediti e' debiti della successiono debbon considerarsi como divisi di pieno dritto infra 'l fiduciario ed il fidecommissario: ondechè questo secondo è maisempre *heredis loco* (4).
3. Il fiduciario il qual non voglia di suo grado accettar la successione, può esservi astretto; ma allora egli perdo il dritto alla quarta e tutti gli altri vantaggi a lui competenti per virtù dell'ultima volontà del defunto (5).
4. D'altronde, allorquando il fiduciario ha accettata la successione ed è in possesso, può esser richiesto dal fidecommissario, mediante un'*actio personalis ex testamento*, per la restituzion della eredità. Quand'egli non è in possesso, debbe almeno restituirla a parole, ed il fidecommissario ha contr'al terzo possedente *pro herede* o *pro possessore*, la petizion di eredità fidecommissaria (*hereditatis petitio fidecommissaria*) (6).

(1) Ulp. XXV, 14—16.—Caio II, 251—259.—Inst. II, 23.—Dig. XXXVI.—Cod. VI, 49.

(2) § 7, J. II. 23.—Questo quarto nelle fonti del dritto si chiama o semplicemente *quarta* ovvero *Falcidia*, o pure *commodum legis Falcidiæ*: fr. 16, § 9; fr. 22, § 2; fr. 27, § 10; fr. 30, XXXVI, 1.—I moderni, senza un perchè, la chiamano *quarta Trebelliana*.

(3) Nel primo caso, adunque, il fidecommissario era *heredis loco*, nel secondo *legatarii loco*. Questo è che fa dire a Caio, II, 251: « Is vero, qui recipit hereditatem, *aliquando* heredis loco est, *aliquando* legatarii. »

(4) § 7, J. II, 23.—const. 7, § 1, VI, 49.

(5) Fr. 4; fr. 27, § 14, 15; fr. 43; fr. 55, § 3; fr. 28, § 1, XXXVI, 1.

(6) Fr. 37, pr.; fr. 63, pr. ibid. — Dig. V, 6.— *V.* sopra, § 717.

§. 754. 4. *Della quarta Trebelliana in particolare.*

La quarta, ch'è detta Trebelliana, non altro è in effetto, che la quarta Falcidia applicata a' fedecommessi universali (1): il perchè dev'essa reggersi con gli stessi principj stabiliti per la Falcidia. Per conseguente:

1. Il solo erede diretto ha dritto di ritenerlasi, ed essa non appartien punto al fidecommissario incaricato di un fedecommesso (2).

2. Quando vi sieno più eredi diretti, gravati di fedecommessi universali, ciascuno può ritener la quarta della sua propria porzione ereditaria (3).

3. La quarta dev'esser dedotta dall'universalità della successione, salvochè il testatore non riserbi all'erede uno equivalente, commettendogli di restituir tutta la eredità, eccetto una o più cose determinate, le quali valgano il quarto di quella (4).

4. L'erede ha da comprender nella quarta ciò ch'egli prende siccome erede, non punto ciò ch'egli riceva siccome legatario (5).

5. In tutti que' casi ne' quali i legati son franchi della quarta Falcidia, similmente è un fedecommesso universale (6): pertanto, giusta l'ultima disposizion di Giustiniano, l'erede non ha dritto di ritenerla allora quando il testatore ha espressamente vietata la ritenuta, o anche tacitamente, ch'è quando egli ordina la restituzione di tuttaquanta la eredità (7).

§. 755. 5. *Del tempo della restituzione.*

Il fiduciario dee, rispetto al tempo della restituzione, stare alla volontà espressa dal testatore, ed in mancanza di questa, restituire immediatamente dopo l'accettazion dell'eredità (8). Nell'un caso e nell'altro, egli ha dritto alla rimborsazion delle spese necessarie ed utili da lui fatte pel fedecommesso ovvero pel fidecommissario, ed al toglimento delle spese voluttuose (*jus tollendi*) (9): ma da un altro lato, egli è tenuto alla rifazion del danno avvenuto per sua colpa (10).

§. 756. 6. *Della inalienabilità del fidecommesso.*

Tanto che il fiduciario ha il possesso ed il godimento del fedecommes-

(1) Perciò tra'romani vedesi chiamata sempre semplicemente *quarta* ovvero *Falcidia*.—Mœller, *De quarta Trebell. et utrum differat a quarta Falcidia*. Heid. 1815.

(2) La ragion è perchè: « cum semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur. » fr. 35, § 2, fr. 22, § 5, XXXVI, 1.—Quant'è all'eccezioni, *v.* fr. 1, § 19; fr. 63 § 11; fr. 55, § 2, ibid.

(3) Arg. § 1, J. II, 22.

(4) § 9, J. II, 23.

(5) Caio dice espressamente, II, 252: « Senatus censuit, ut ei, qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur. » Il che leggesi anche più chiaramente *Epit. Caji*, II, 7, pr. « Sed in hac quoque re hoc observandum est, quod de Falcidia supra jam dictum est, ut heres institutus, etiamsi omnem hereditatem alii restituere jussus sit, ita hereditatem alii restituat, ut quartam sibi ex ipsa hereditate retineat. » Comp. i fr. 74, 30 § 7, XXXV, 2.—Rispetto a'fr. 86, 92, ibid. ed alla const. 24, III, 36, che sono i sostegni dell'avviso contrario, vedi Cuiacio *Obs*. VIII, 3, 4. — Quant'è a'frutti da restituirsi dal fiduciario, *V*, fr. 18, pr. § 1, 2; fr. 22, § 2; fr. 27, § 1, XXXVI, 1. —const. 6, pr. VI, 49.

(6) Fr. 1, § 18; fr. 3, § 1; fr. 4; fr. 45, XXXVI, 1.

(7) Nov. 1, c. 2. § 2.

(8) Fr. 41, § ult. XXXII.

(9) Fr. 19, § 2; fr. 22, § 3, XXXVI, 1. —fr. 58, XXX.—fr. 40, § 1, XII, 6.

(10) Fr. 22, § 3, XXXVI, 1.

so, egli n'è sì proprietario, ma non può generalmente alienar le cose in quello comprese (1), eccettochè per pagare i debiti della successione, o per cessar qualche danno soprastante al fidecommissario (2) o pur quando il testatore ne abbia dato il permesso (3), ovvero tutte le parti interessate vi acconsentano (4). Da questi casi in fuori, l'alienazione è nulla, e può dal fidecommissario essere impugnata con l'azione utile di ricuperazione, dall'ora che il fedecommesso è a lui deferito. La legge gli dà pure, per sicurezza della restituzione, una ipoteca legale in sulla porzione ereditaria dell'erede incaricato del fedecomesso (5). Ma quando il fiduciario dee sol restituire al fidecommissario quel che resterà della successione al tempo della sua morte *(fideicommissum ejus quod superfuturum est)*, egli può per dritto nuovo disporre di tre quarti della successione, e soltanto l'altro quarto dee serbare e restituire al fidecommissario, e di ciò dar cauzione (6).

§. 757. E. *Della estinzion del fidecommesso.*

Oltrechè ne'casi, in cui la disposizione contenente il fedecommesso è o pur diventa nulla (7), esso estinguesi ancora:
1. Quando il fidecommissario lo rinunzia (8).
2. Quand'egli muor prima di avere acquistato suo dritto.
3. Quando la condizion posta al fedecommesso non si adempie (9).
4. Quando la famiglia, in pro della quale è fondato, si spegne (10), o pur tutti i membri di quella consentono che il fedecommesso sia soppresso ovvero alienato (11).

CAPITOLO IV.

DELLA DONAZIONE PER CAUSA DI MORTE (12).

§. 758. I. *Nozione.*

Havvi donazione per causa di morte *(mortis causa donatio)*:
1. Quando trovandosi l'uomo in pericolo di morire, dona una cosa a

(1) Il vecchio dritto permetteva al fiduciario di alienare, e sol dava al fidecommissario un'azione per la restituzion del fedecommesso e per la rifazion del danno seguitone: fr. 3, § 3; fr. 19, § 2; fr. 70, § 1, XXXVI, 1.—Ma Giustiniano proibì l'alienazion de'beni fedecommessi, e la dichiarò nulla in favor del fidecommissario: const. 3, § 2, 3, VI, 43. — Nov. 159.

(2) Fr. 144, § 14, XXX. — fr. 38, pr. XXXII.—fr. 22, § 3, XXXVI, 1. — fr. 104, XLVI, 3.

(3) Auth. *Contra*, 6. VI, 49.—fr. 70, § 3; fr. 71, 72, XXXI.

(4) Const. 11, VI, 42.—fr. 120, § 1, XXX. Havvi ancora una eccezione, ed è quando il fiduciario è stato richiesto di restituir la successione a morte sua, nel qual caso gli è lecito alienar le singole cose a quella appartenenti, s'egli non possa in alcun altro modo constituire una dote o fare una donazion per causa di nozze: Nov. 39, c. 1, comp. con la Nov. 108, c. 1.

(5) Const. 1—3, VI, 43.—Nov. 108, c. 2. — Nov. 159.

(6) Del dritto vecchio: fr. 54; fr. 58, § 7, 8, XXXVI, 1.—fr. 70, § 3; fr. 71, 72, XXXI.—Del nuovo: Nov. 108, c. 1 e 2. —Reichardt, *De fideic. ejus quod superfuturum erit.* Jenae, 1785.

(7) Const. 29, VI, 42.

(8) Const. 26, VI, 42.—Comp. const. 1, 16, II, 3; 11, II, 4.

(9) Fr. 102, XXXVI 1.— const. 30, VI, 42; 3, § 3, VI, 43.

(10) Fr. 78, § 3, XXXI.

(11) Const. 11, VI, 42.—*V.* il § 756.

(12) § 1, J. II, 7, — Dig. XXXIX, 6.—Cod. VIII, 57.—Doneau, *Comm.* XIV, 33. — Junghans, *Diss. de mortis causa donationum indole.* Lips. 1785.—Haubold, *Dis. de m. c. donationum conjecturis ex mor-*

qualcuno, e di presente gliene trasferisce la proprietà; la quale costui, se altro al donatore avvenisse, conserverà, ma se il donatore si salva, gliela dee restituire (1).

2. Allorchè vivendo l'uomo fuor d'ogni particolare pericolo, pure dona una cosa acciò che il donatario facciala sua propria quando egli sarà morto (2) (3): e questa seconda è la donazione per causa di morte nel vero suo senso. Essa ha questo particolar carattere, che il donator pentitosi di averla fatta, può revocarla sempre che vuole, e la morte del donatario, avvenuta prima di quella del donante, di pieno dritto l'annulla (4). Ma alla efficacia della donazione per causa di morte essenzialmente si richiede che il donatore, durante sua vita, rimetta al donatario la cosa donata (5). Nonpertanto, la gran somiglianza che le dà col legato l'esser come questo revocabile, fu già cagione che i romani giureconsulti contendessero se la si dovesse avere in conto di convenzione o di legato (6). Ma Giustiniano tolse ogni dubbio, decidendo ch'essa varrebbe come legato e come fedecommesso ne' casi, in cui non potesse valer siccome vera donazione (7).

§. 759. 11. *Della natura legale della donazione per causa di morte.*

La donazione per causa di morte ha comuni col legato i punti seguenti:

1. Del pari, che il legato, essa può sempre esser rivocata (8).

2. Sol chi può dare o ricever per via di legato, può parimente dare o ricevere per donazione a causa di morte (9).

3. Una donazione per morte, valida come legato, non ha bisogno di esser registrata *(insinuatio)*, quand'anche sorpassi i 500 nummi d'oro (10).

4. Essa è, come il legato, soggetta al diffalco della quarta Falcidia (11); e contro la donazion per morte, la quale intacchi la legittima, è data la querela di donazione inofficiosa.

5. Il donatario per causa di morte ha le azioni medesime che il legatario.

6. Quando vi sono più donatari, essi profittano del dritto di accrescimento allo stesso modo e sotto le condizioni medesime de' collegatari.

Ma d'altra parte, la donazion per causa di morte, valevole siccome *vera donazione*, ha i seguenti particolari caratteri:

1. Essa produce i suoi effetti nello stante medesimo della morte del donatore, nè la validità sua punto dipende dall'accettazion dell'eredità: ondechè serba suo valore anche quando l'erede instituito repudia la successione (12).

2. La capacità di ricevere nel donatario per causa di morte è richiesta solamente nel tempo della morte del donatore (13).

3. Il figliuol di famiglia, autorizzato dal padre, può anch'esso fare una

tis mentione capiendis. Lips. 1792. — Muller, *Della natura della don. per causa di morte*. Giessen, 1827.

(1) § 1, J. II, 7, e Teof. ivi. — fr. 26, pr. XVI, 3. — fr. 2-7; fr. 29, XXXIX, 6.

(2) 1 § 1, J. cit. — fr. 1, 2, XXXIX, 6.

(3) « Sola cogitatione mortalitatis: » fr. 2, XXXIX, 6. « Cui ex humana sorte mortis cogitatio est: » fr. 35, § 4, ibid. *(Trad).*

(4) Fr. 13, § 1; fr. 26, 27, 35 § 2, 4; fr. 42, § 1: XXXIX 6. — Nov. 87, c. 1.

(5) A tal modo, la questione del se debba essere accettata, da sè stessa rade.

(6) Paolo si dichiarò per la convenzione, fr. 35, § 3, XXXIX, 6; Giuliano ed Ulpiano pel legato, fr. 17, 37, pr. ibid. — fr. § 1 XXXVIII, 5. - fr. 3, § 17, XXXVIII 2,

(7) Const. 4, VIII, 57. — § 1, J. II, 7. — Nov. 87, c. 1.

(8) Fr. 13, § 1; fr. 35, § 2, 4, XXXIX, 6. — fr. 27; fr. 42, § 1, ibid. - Nov. 87, c. 1.

(9) Fr. 15, 9, 35 pr. ibid.

(10) Const. 4, VIII, 37.

(11) Fr. 27, ibid. — const. 5, VI, 50; 2, VIII. 57.

(12) Fr. 32, ibid.

(13) Fr. 22, ibid.

donazione per causa di morte, ma non di altro che del suo peculio profettizio (1).

4. La donazione per causa di morte di una rendita annua è considerata come una sola donazione (2); laddove del legato annuo si fa ragion che contenga più legati.

5. Chi vanamente impugna un testamento siccome nullo ovvero inofficioso, perde tutti i legati in esso lasciatigli; ma altro è delle donazioni per causa di morte (3).

6. Quando un testatore rivoca tutti i legati, senza fare espressa menzione delle donazioni per causa di morte, queste non si hanno per revocate.

7. La donazione per causa di morte dev'esser conferita.

La donazione per causa di morte fornita di tutti questi particolari caratteri, o in altri termini la donazion per morte destinata a valer come donazione e non già come legato, dee avere esecuzione in vita del donante, e quand'ella sorpassi i 500 soldi d'oro, dev'esser registrata; senza di che, varrebbe soltanto come legato o fedecommesso (4). Ed anche a valer come tale, naturalmente è di bisogno che tutte le formalità richieste per la ordinazion di un legato sieno del pari osservate per la donazione (5).

§. 760. III. *Dell' estinguimento della donazion per causa di morte.*

La donazion per causa di morte, o che risguardata siccome legato, o che siccome vera donazione, si estingue:

1. Con la revocazione fatta dal donatore (6); il quale ha sempre questa facoltà, se una particolar convenzione non ne lo abbia privato (*conventio ne revocetur*) (7). La donazion fatta in risguardo ad un determinato pericolo soprastante al donatore, si estingue altresì senza revocazione, se questi ne scampa (8).

2. Con la morte al donatario sopravvenuta innanzi che al donante (9).

3. Quando il donatore dà, durante sua vita, ad un altro la cosa donata (10), o pur l'aliena senza necessità (11), o anche vi apporta un essenzial cangiamento (12). Quando una donazion per causa di morte, di già eseguita, per qual che sia motivo si estingue, il donatore o pure i suoi eredi possono raddomandar la cosa donata, s'ella è ancora in essere, mediante l'azion di ricuperazione, e se più non è, mediante la *condictio sine causa* ovvero un' *actio in factum* (13).

§. 761. *Mortis causa capio.*

Per *mortis causa capio* intendesi, nel senso largo, tutto ciò che si acquista per la morte di una persona; epperò le successioni, i lasci, i fedecommessi, e le donazioni per causa di morte. Nel sentimento ristretto poi non altro s'intende con ciò, che quelle acquisizioni per causa di mor-

(1) Fr. 23, § 1, ibid.
(2) Fr. 35, § 7, ibid.
(3) Fr. 5, § 17, XXXIV, 9.
(4) Fr. 75, pr. XXXI. — fr. 18, § 2, XXXIX, 6.
(5) Const. 4, VIII, 57.—Bauer, *Pr. de forma donat. mortis causa.* Lips, 1760, e ne'suoi *Opusc. Acad.* t. 1, n. 25.
(6) Debbonsi qui applicare i principj della revocazion de'legati.—*V.* il § 746.
(7) Fr. 13, § 1; fr. 35, § 4, XXXIX, 6.
(8) § 1, J. II, 7.—fr. 29, ibid.
(9) Fr. 26, ibid.
(10) Fr. 18, XXXIV, 4.
(11) Fr. 24, § 1, ibid.—§ 12, J. II, 20.—fr. 11, § 12, XXXII.—const. 3, VI, 37.
(12) Fr. 88, § 2, XXXII.—fr. 24, § 4; fr. 65, § 2, XXX.
(13) Fr. 29, fr. 18, § 1; fr. 35 3, §; fr. 37, § 1, XXXIX, 6.

te, le quali non hanno alcun nome lor proprio (1). A queste seconde appartiene:

1. Ciò che, morendo qualcuno, si riceve da parte di un altro, per esser quella morte posta per condizione (2).

2. La donazion diventata valevole per la morte di un terzo avvenuta prima di quella del donatore (3).

3. Finalmente, tutto ciò che alcun riceva per rifiutare una successione, a fin di farla passare a' sostituiti o agli eredi ab intestato (4); come pure ciò che altri riceva per accettare una successione (5).

(1) Fr. 31, pr. fr. 38, ibid. — Læffler, *Diss. de mortis causa capionibus* Lips. 1847.

(2) Fr. 1, § 8, fr. 30, § 7; fr. 91, XXXV, 2. — fr. 38, XXXIX, 6.

(3) Fr. 18, pr, ibid.

(4) Fr. 8, pr. ibid.

(5) Fr. 21, ibid.

LIBRO V.

DEL CONCORSO DE' CREDITORI (1).

CAPITOLO PRIMO.

NOZIONI PRELIMINARI.

§. 762. I. *Nozione del concorso tra creditori.*

Spesso incontra che più creditori hanno ad un tempo il dritto di richiere il medesimo debitore; ma ciò solo non constituisce per anco alcun concorso, stantechè quando i beni del debitore bastano a pagar tutti i richieditori, la richiesta di ciascun di costoro è risguardata come un separato e distinto processo. Il concorso effettivamente non è, se non quando più creditori domandano nel tempo stesso di esser pagati da un debitore, i cui beni non bastan per tutti. Secondo i generali principj del dritto, ciascun creditore dovrebbe in tal caso perder parte di suo credito, ed i beni del debitore sarebbono ripartiti per rata infra tuttiquanti i creditori. Ma il dritto positivo, sviando da siffatto regola generale, riconosce in taluni crediti un privilegio in sugli altri; ond'è che ciascun creditore si argomenta di essere innanzi agli altri pagato d'in su' beni del debitore. Allora il giudice leva al debitore, in favor de' creditori, la disposizion de' suoi beni, ed ecco si apre un giudizial procedimento, in cui ciascun creditore cerca così di sostener suo credito a fronte del debitore, come di esser preferito agli altri creditori.

§. 763. II. *Del procedimento secondo le XII Tavole* (2).

Anticamente appo i romani, quando taluno accattava danari, o voleva estinguere uno accatto già fatto, egli mancipava al creditore sè stesso con la sua famiglia ed i suoi beni, e diventava con ciò *nexus* ovvero *nexu vinctus* (3). Ma questa mancipazion si faceva maisempre sotto fede (*sub fiducia*) che il debitore ritornerebbe libero di se medesimo (*nexu solutus*) ogni volta che o egli stesso pagasse, o altri per lui. Se non si liberava entro il termine prefisso, il creditor facevalo suo proprio con tutta la sua roba, conseguentemente alla ragione sopra d'esso acquistata con la mancipazione; cosicchè il debitore vedevasi con ogni sua cosa aggiudicato al suo creditore. Da un altro canto, allorchè qualcuno avea contratto un debito, senza essersi dato in *nexum* al suo creditore, egli era richiesto nel modo ordinario; e quindi avea trenta giorni di tempo per soddisfare al suo creditore, dopo la confession del debito fatta in giustizia, o pur dopo la sua condanna (*in jure confessus*, *judicatus*). Mancando a pagare, egli era egualmente aggiudicato al creditore (*addictus*, nel senso ristretto, e per

(1) Dig. XLII, 3-8. — Cod. VIII, 71-75.

(2) Gellio, XX, 1. — Niebuhr, *Roem. Gesch.* t. 1. — Zimmern, *RG.* t. 3, § 45, 46.

(3) Bœckin, *De causis mancipii.* Berol. 1826, p. 82. — Zachariæ, *Comm. de fiducia.* Gothæ, 1830, p. 11-18.

opposto al debitore aggiudicato per effetto di *nexus)*, ma allora il creditore non potea rivalersi che della sua persona, senza poter nulla pretendere in sulla sua roba. Il debitore aggiudicato al suo creditore *(addictus)* dell'un modo o dell'altro, poteva esser legato e imprigionato. Dallo stante dell'*addictio*, il debitore aveva ancor sessanta dì per pagare; durante il quale spazio, la somma del suo debito era pubblicamente bandita *tribus nundinis*, e restando ancor di pagare, egli incorreva la *capitis poena*, cioè perdeva tutta la sua civil capacità, ed il creditore aveva il dritto di ammazzarlo o pur venderlo come schiavo in terra straniera *(trans Tiberim)*. Caso che un debitor fosse addetto a più creditori, le Dodici Tavole ordinavano: *tertiis nundinis partes secanto: si plus minusve secuerunt, sine fraude esto* (1).

§. 764. III. *Secondo la legge* Petillia Papiria *e la legge* Julia de cessione bonorum.

La legge Petillia Papiria, nell'anno di Roma 428, tolse via cosiffatto vincolo personale *(nexus)*, ma soltanto pe' prestiti di danari, lasciandolo sussistere per gli altri casi, segnatamente pel debito resultante da un delitto; dove la mancipazion de' beni per sicurezza del creditore fu mantenuta, del pari che l'aggiudicazion del debitore e suoi conseguenti (2). Sotto Giulio Cesare, ovvero Augusto, s'introdusse in pro de' debitori indigenti il beneficio della cession de' beni *(beneficium cessionis bonorum)*, mercè del quale il debitore che volontariamente cedeva tutti i suoi beni a' creditori, era libero della persona (3). Dal canto loro, i creditori potevano altresì, in taluni casi, domandar la messione ne' beni del debitore *(missio in bona debitoris)*.

§. 765. IV. *Sotto gli Imperatori.*

Nel tempo degli Imperadori, il giudizial procedimento de' romani in materia di concorso trovavasi nello stato seguente:

1. Quando un debitor si nascondeva *fraudationis causa*, quand'egli era assente senz'aver difensore *(defensor)*, quando facea cession de' suoi beni conforme alla legge Giulia, quando condannato a pagare mediante un giudizio, il quale aveva acquistato forza di cosa giudicata, non pagava nel termine prefisso, o quando nessuno erede si presentava per raccorre la suc-

(1) Gellio XX, 1. — Quintiliano, *Inst. orat.* III, 6, 84. — Cassius Dio in Maji cod. Vatic., p. 217. — Alcuni autori intendono per le parole «*partes secanto*» uno spartimento ragguagliato del ritratto della vendita infra' creditori. *V.* Ugo, *Rechtsg.* p. 310, e Gibbon, cap. 44, nota 178.— Altri pretendono si trattasse d'una vera sezione del debitore in persona. *V.* Bynkershœk, *Obs. jur. rom.* lib. 1, c. 1.—Niebuhr, t. 1, p. 310.—Ugo, p. 352, ed altri (*a*).

(2) Livio, VIII, 28. — Cic. *De republ.* II, 33, 34. — Van Heusole, *De lege Pet. Pap.* Tr. ad Rh. 1842.

(3) Caio, III, 78.—const. 1, 4, VIII, 71.

(*a*) E questa è la vera sentenza, benchè con Quintiliano, Tertulliano ed altri sia da credere che tanto duro e disumano supplicio non fosse mai preso effettivamente do' debitori, ma che si fosse nella legge aggiunto solamente per terrore de' fraudolenti. Del resto, si sa che le antichissime leggi aristocratiche furono tutte, come per simbolo si narra di quelle di Dracone, scritte col sangue, e che in Roma particolarmente le leggi relative ai debiti eran cosa tutta aristocratica, per essere stati i prestiti un de' maggiori argomenti usati da' nobili per tiranneggiare la misera plebe, tantochè ne seguirono turbolenze e rivolture grandissime. E si noti quel *si plus minusve secuerunt*, che de' beni non poteva accadere, ma della persona s'intende benissimo, essendo appunto la difficoltà nello spiccar tutta d'un sol taglio la propria parte di ciascun creditore, come bene avvertì quell'umano giudice di cui ricorda in Italia la tradizione, e dappertutto Shakspeare. *(Trad.)*

cession del debitore defunto, in tutti questi casi il creditore o più creditori potevano domandare al pretore la messione ne' beni del debitore e farsi autorizzare a venderli per potersene pagare (1). I beni del debitore erano allora posti in vendita (*proscriptio bonorum*), per ispazio di giorni trenta, quand' egli viveva, quindici quando era morto; ed essendo più creditori, essi eran tenuti ad eleggere un *magister bonorum vendendorum*, incaricato di proteggere nella vendita i loro interessi e di aggiudicare i beni al maggiore offerente (*addictio bonorum*) (2).

2. Da principio, i beni si vendevano in massa (*per universitatem*), cioè a dire che tutto quanto il debitore aveva e doveva era aggiudicato a chi offriva a' creditori il più da spartirsi (3). Cosiffatta vendita de' beni del debitore (*venditio bonorum debitoris obaerati*) è confusa da molti autori con la *sectio bonorum*, di cui spesso nelle fonti del dritto si fa menzione; ma veramente per *sectio bonorum* non altro's' intende che la vendita di un bene confiscato dallo Stato (4). Il compratore adunque de' beni diventava a tal modo il successore universale del debitore: esso acquistava tutti i dritti ed i crediti, ed era tenuto de' debiti infino alla somma per la quale i beni erano stati ad esso aggiudicati. Il sottentrar di un nuovo debitore nel luogo del primiero avea per conseguenza il compiuto annichilamento del restante di ciascun credito, e la liberazion totale e per sempre del primo debitore da qualunque passato suo debito.

3. Dipoi, cotal vendita conforme al vecchio dritto della universalità dei beni del debitore cadde in disuso (5), e fu permesso a' creditori di proceder separatamente alla vendita de' beni del debitore, dopo ottenuta la messione. Essi eleggevano a tale effetto un curator de' beni (*curator bonorum*), il quale gli amministrava e convertiva in danari per conto de' creditori, ai quali dovea satisfar col ritratto della vendita. Tali novelle disposizioni fecero egualmente cader l' antica *successio per universitatem in bona debitoris*; onde veniva che il debitor non era liberato de' passati suoi debiti, perciocchè nessuno non era messo in suo luogo. Infatti, sittostochè egli avesse da capo acquistato de' beni, poteva esser richiesto da quelli d' infra' suoi creditori i quali non erano stati pagati del tutto, ed intrattanto poteva essere incarcerato.

4. Ma facil cosa era al debitore il cessare in parte queste pregiudiziali conseguenze della sua impotenza di pagare, e prevenir che i creditori non fossero mandati al possesso de' suoi beni, prevalendosi del beneficio della cession de' beni *ex lege Julia*. Vero è che con questo egli non si liberava da que' creditori che non fossero del tutto soddisfatti d' in su' beni ceduti, ma pure egli guadagnava due cose. La prima, ch' egli metteva al coperto la sua libertà personale; l' altra, che non poteva più essere subito dopo perseguitato da' creditori non soddisfatti del tutto, ma questi eran soltanto ammessi a richiederlo allor ch' egli avesse di nuovo acquistato qualche cosa, ed anche rispetto a' beni novellamente acquistati dovean contentarsi che il debitor godesse del *beneficium competentiae* (6).

Mentrechè la vendita de' beni in massa (*per universitatem*) era in uso, non ci avea luogo preferenza alcuna d' un creditore in sull' altro; perciocchè

(1) Questa messione, che un creditor chiedeva, profittava pure a' rimanenti: fr. 12, pr. XLII, 4. — const. 10, VII, 72.

(2) Caio, III, 77-79. — Dig. XLII, 3, 5. — Cod. VII, 72.

(3) Caio, IV, 35. — Teofilo, sulle Inst. III, 13. — Stieber, *De bonorum emtione apud vet. Rom.* Lips. 1827.

(4) Caio, IV, 146. — Varrone, *De re rust.* II, 10. — Asconio, *Ad Cic. Verr.* I, 20, 23.

(5) Pr. J. III, 13, e Teofilo ivi.

(6) Dig. XLII, 3. — Cod. VII, 71. — Olzio, *Saggio del beneficium competentiae.* Liegi, 1826 p. 390.

la vendita estingueva gli antichi debiti, insiem co' dritti di pegno e d'ipoteca e co' privilegi, ed il comprator de' beni, messo in luogo dell'antico debitore, era tenuto di pagare a ciascun creditore quel tanto ch' egli aveva profferto. Ma quando cotal vendita del dritto antico fu abolita, e le fu sostituita quella de' singoli beni fatta dal curatore a ciò deputato, tuttoquanto il sistema fu mutato. Il debitore antico era e restava debitore, e per conseguente gli antichi crediti, le ragioni di pegno e d'ipoteca, ed i privilegi, tutto fu serbato tal quale. Quindi innanzi, non poteva più accader messione ne' beni altrochè pe' creditori chirografari. I creditori sopra pegno e gl' ipotecari non ne avevan punto bisogno, conciosiachè la natura del credito loro dava già ad essi il dritto di vender la cosa ovvero i beni impegnati o ipotecati, sempre che il debitore non potesse altramente pagare, e di perseguir con l'azione ipotecaria il pegno o l'ipoteca loro infra le mani di qualsivoglia possessore. Per la stessa ragione, la cession de' beni fatta dal debitore non poteva ad essi apportar pregiudizio. Adunque, i creditori con pegno ed ipoteca erano mai sempre separati da' rimanenti (1), e primi ognora essi pagavansi d'in su' beni gravati del pegno o dell'ipoteca: la parte poi di roba sopravanzante al lor pagamento poteva per gli altri creditori diventar l'obbietto della cessione e della mandata in possesso. Di questi ultimi, quelli guarentiti da un *privilegium exigendi* eran preferiti agli altri creditori chirografari, tra' quali poi si spartiva per rata quel tanto de' beni che avanzava al pagamento de' privilegiati (2).

§. 766. V. *De' mezzi per evitare il concorso.*

Diversi mezzi vi sono per evitar l'apertura effettiva di un concorso, e così stornare le dannose conseguenze da ciò minacciate alla persona ed alla sostanza del debitore. Tra siffatti mezzi si novera:

1. L'intervento di terzi, i quali o paghino a dirittura pel debitore, o si facciano suoi mallevadori; ma il secondo caso naturalmente richiede il consenso de' creditori (3).

2. Il soprastamento, ossia *moratorium* (4); ch' è privilegio dal principe dato al debitore, il qual lo mette al coperto, durante un certo spazio di tempo, da ogni esecuzione per causa di debiti. Il principe solo, non punto il giudice, può concedere così fatto indugio. Per poterlo ottenere il debitore ha da provar ch' egli è caduto nella inopia senza sua colpa, che ha fondata speranza di riparar sue perdite, e che un soprattieni lo preserverà dalla totale rovina. Ordinariamente l'indugio si dà per cinque anni, e perciò riceve il nome di *literae s. induciae quinquennales*. Ma esso mette il debitore al coperto della esecuzione, non punto della introduzion dell'azione; ond'è che il debitore è tenuto di rispondere alla chiamata in giudizio, ma la esecuzione rimarrà sospesa sino al finir dell'indugiamento.

3. La dilazion data da' creditori medesimi. Essa è volontaria, quando consentita da tutti i creditori; forzata, quando data soltanto dalla pluralità de' creditori. Questa seconda è fondata in su una disposizion di Giustiniano (5): il quale statuì che i creditori seguitassero ad esser liberi di accettare immediatamente la cession de' beni, o di dare una dilazione al debitore; ma che quando la pluralità de' creditori fosse contenta di aspettare, il minor numero non potesse contraddire. Sempre che i crediti son disuguali, non il numero de' creditori prevale, ma la quantità de' crediti; di guisa che quando

(1) Fr. 58, § 1, XVII, 1. — fr. 10, pr. II, 14. — const. 10, pr. VII, 72.

(2) Fr. 32, XLII, 5. — const. 6, VII, 72.

(3) Pr. J. III, 30. — fr. 23, 40, 53, XLVI, 3.

(4) Const. 4, I, 19.

(5) Const. 8, VII, 71.

bene un sol de' creditori si trovasse concorrere per più che tutti gli altri insieme, il solo suo voto vincerebbe quelli de' rimanenti. Accadendo che vi sia parità così di numero, come di somme dovute, metà votando per la dilazione, metà pel no, prevarrà l'avviso più umano (*humanior sententia*). Nulla qui monta la qualità de' creditori, intantochè possono bene i chirografari superare il voto degli ipotecari. Per altro, una tale necessaria dilazione presuppone che il debitor non sia colpevole della sua inopia, e che questa sia provata; perciocchè fino a quando ciascun creditore può esser del tutto pagato con l'alienazion de' beni del debitore, nessun de' creditori può essere astretto a dar la dilazione. Ancora, aperto ch'è il concorso, la minor parte de' creditori non può più esser forzata di assentire ad una dilazione.

4. Il concordato; ch'è quando i creditori dichiarano esser contenti di una parte di quel che loro è dovuto, rimettendo il resto. Il concordato, del pari che la dilazione, è volontario quando tutti i creditori consentono, ovvero forzato quando ha solamente per sè la maggior parte de' voti (1). Ma il concordato forzato non è ammesso in dritto romano, se non quando sia chiesto dall'erede di una successione oppressa di debiti, e non peranco da lui accettata, a' creditori del defunto. Solo in tal caso, la minor parte de' creditori può essere astretta ad accettar l'accordo fatto dalla parte maggiore (2).

CAPITOLO II.

DELL' APERTURA DEL CONCORSO.

§. 767. 1. *Della causa dell' apertura.*

L'apertura del concorso presuppone la impotenza del debitore a rispondere al pagamento giudizialmente domandatogli da più creditori. Può poi di detta apertura esser cagione:

A. La proposta del debitor medesimo, il qual voglia profittar del beneficio della cession de' beni (3), consistente in ciò che il debitore cede a' creditori la totalità de' suoi beni presenti, perch' essi se ne paghino in quanto ch'è possibile. A cosiffatta cessione non è necessaria l'accettazion de' creditori (4); ed anche colui che non ha beni da cedere, può ad essa ricorrere. Oltre a ciò, la Novella 135, c. 1, ordina che quando un debitore afferma sotto la fede del giuramento ch' egli non possiede beni per satisfare a' suoi creditori, nessun concorso può essere aperto contro di lui: ch'è quel che oggi si nomina *beneficium ejurationis bonorum*. Ogni debitore, o che padre o che figliuol di famiglia, può aiutarsi del beneficio della cession de' beni, il quale al figliuolo compete per rispetto a' suoi peculii (5). Ma sempre si richiede che il debitore sia restato di poter pagare senza sua colpa, per pura disgrazia: l'ingannatore, il fallitor di mala fede, ed il dissipatore, non han dritto a questa indulgenza della legge (6).

Gli effetti della cession de' beni sono i seguenti:

(1) Ed anche qui, quando i debiti son disuguali, «*Majorem esse partem*, pro modo debiti, non pro numero personarum, placuit:» fr. 8, 11, 14. Ma accadendo il caso, che i debiti fossero uguali, la pluralità decideva, come appunto nella dilazione. *(Trad.)*

(2) Fr. 7, § 17-19; fr. 8, 9, 10, 11, 14. — fr. 58, § 1, XVII, 1.

(3) Dig. XLII, 3. — Cod. VII, 71. — Yssel de Scheper, *Diss. de cess. bon. sec. juris rom. et hodierni præcepta.* L.-B. 1824.

(4) Fr. 9, XLII, 3. — const. 6, VII, 71.

(5) Const. 7, VII, 71.

(6) Fr. 22, § 1; fr. 51, XLII, 1. — Comp. fr. 63, § 7, XVII, 2. — fr. 37, § 1, IV, 4.

1. I beni ceduti appartengono a' creditori, i quali possono venderli per pagarsi. Ma fino al momento della vendita il debitor può pentirsi della cessione, pagando i creditori, o difendendosi (1).

2. Il debitor che cede i suoi beni, serba l'onor suo intatto, e non ha più che temer nella sua persona (2).

3. Egli rimane, veramente, obbligato a' suoi creditori non pagati del tutto d'in su' beni ceduti, ma non può esser da loro richiesto pel rimanente, se non quando abbia da capo acquistato qualche bene (*modicum quid*), ed anche allora la legge gli assicura il *beneficium competentiae* (3). Il qual beneficio egli può, rispetto a' beni novellamente acquistati, opporre a tutti coloro ch'eran suoi creditori al tempo della cessione, caso ch'egli avesse ceduto i suoi beni soltanto ad alcuni de' suoi creditori, i quali allora erangli noti, o pur si trovavano presenti (4).

B. Può anche dell'apertura del concorso esser causa la domanda de' creditori, allorchè da una parte il loro numero ed i crediti loro son così forti da far con ragione temere che i beni del debitore non bastino, e dall'altra costui non vuol consentire alla cessione. In tal caso il concorso è decretato dal giudice, ed ha per conseguenza una *missio creditorum in bona debitoris.*

6. Finalmente, può il giudice di autorità sua propria ordinar l'apertura del concorso, se ve n'è qualche particolar cagione; a modo di esempio, quando il debitore offre di fare una cession giudiziaria de' suoi beni, o quand'egli sta fuggiasco, o quando una succession giacente è assediata da sì gran numero di creditori, ch'evidente cosa è che i beni non bastano a pagar tutti.

§. 768. II. *Dell' alienazion fatta in fraude de' creditori.*

In dritto romano il debitore, contuttochè insufficiente, conservava la facoltà di disporre de' suoi beni prima della cessione o della mandata de' creditori al possesso; anzi dippiù, le alienazioni fatte in pregiudizio de' creditori eran valide a rigor di dritto civile, nè potevano essi impugnarle. Nientedimeno il pretore pose per principio che quando un debitore già insufficiente, o che tal diventi per l'alienazione ch'egli proponsi di fare, aliena i suoi beni con la frandolenta intenzione di nuocere a' suoi creditori, possono costoro, o pure il curator de' beni in lor nome, dimandar la rescissione di cosiffatta alienazione; e ricercar la cosa come se non consegnata, e conseguentemente come se non restata di appartenere al lor debitore; ed altresì esigere dall'acquistatore i danni ed interessi (5). L'azione ad essi competente per tale effetto, dal nomo del pretor che la introdusse è chiamata azion Pauliana (*actio Pauliana*), ed appartiene al numero delle azioni restitutorie della ragion pretoriana (6).

L'esercizio di tale azione è sottoposto alle condizioni infrascritte:

1. L'alienazione dev'essere stata anteriore alla cessione o alla mandata de' creditori in possesso de' beni del debitore; perchè altrimenti essa è nulla di pieno dritto.

(1) Fr. 3, 5, XLII, 3. — const. 2, 4, VII, 71.
(2) Const. 1. ibid. — const. 11, II, 12.
(3) § 40, J. IV, 6. — fr. 4, 6, 7, XLII, 3.
(4) Fr. 4, § 1, ibid.
(5) Dig. XLII, 8. — § 6, J. IV, 6. — Cod. VII, 75. — Doneau, *Comm.* XV, 41. — Mencke, *Diss. de act. Paul.* Opusc. n° 9. — Frick, *De revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis, imminenti aut motoconcursu.* Helmst. 1777. — Henlein, *De act. Paul. natura etc.* Onoldi, 1785. — Trip, *De act. Paul.* L.-B. 1829.
(6) Due sole volte incontrasi quest'azione sotto tal nome, nel fr. 38, § 4, XXII, 1, e presso Teofilo sul § 6, J. IV, 6. Altrove essa chiamasi semplicemente *actio in factum.* Dig. XLIII, 8.

2. Dee l'alienazione esser tale, che diminuisca i beni già propri del debitore: cosicchè, rifiutando egli solamente qualche nuovo guadagno, non si soggetta alla detta azione (1).

3. L'alienazione dev' essere stata fatta col proposito fraudolento di far contro a'creditori (*fraudationis causa*). E generalmente s'ha da ammetter la frande ed il dolo del debitore quand' egli, conoscendo la sua insufficienza a pagare, nondimeno a sciente, anzi a bello studio fa un' alienazione per nuocere a' suoi creditori. Pur tuttavia, perchè l'azione sia fondata, si richiede che nelle alienazioni onerose colui, col quale il debitore ha contrattato, sia complice della fraude (*conscientia frraudis*); quando per contrario l'alienazione è lucrativa, cioè consistente in una pura donazione, egli è indifferente che l'acquistatore partecipi o pur no della fraude (2). L'azion Pauliana non ha luogo allorchè l'alienazion consiste in ciò, che il debitore, benchè già insufficiente, paghi innanzi all' apertura del concorso un debito esigibile a talun de' suoi creditori (3), quando bene altri creditori avrebber dovuto per ordine esser pagati prima di quello. Ma può bene essa intentarsi allorquando il debitore con fraudolento proposito paga prima di ogni altro un debito non liquido, o non peranche esigibile, o pendente ancora da qualche condizione a venire; ovvero allorquando egli, a fin d'ingannar gli altri creditori, concede ancora ad un d'essi, il qual conosca la fraude, un dritto di pegno o d'ipoteca (4).

§. 769. III. *Dell' azion Pauliana e dell' interdetto fraudatorio.*

Ogni volta che l'azion Pauliana ha il debito fondamento di un' alienazion fatta per frodare i creditori, essa può essere intentata:

1. Da quelli d'infra' creditori, a' quali la fraude ha nociuto, o dal curator de' beni in lor nome (5); ma non mai dallo stesso debitore (6).

2. Essa può, generalmente, esercitarsi soltanto avverso la persona con la quale il debitore ha contrattato, e con la distinzion sopradetta tra l'alienazione in dono e quella onerosa, cioè che nel primo caso è indifferente che l'acquistator sia di buona o mala fede, nel secondo l'azione può solamente usarsi contro l'acquistator malizioso (7). Essa non può essere indirizzata avverso il terzo possessor della cosa alienata, se non se nel caso ch' egli nello acquistarla era di mala fede (8).

3. L'azion Pauliana ha per fine di annullar l'atto e far restituire la cosa con tutti gli accessorii suoi. Il convenuto di mala fede è tenuto di tutti i frutti, anche di quelli che avrebbe potuti raccorre, e quand' egli non può restituir la cosa ed i suoi frutti, dee dare *omne id quod interest* (9). Il convenuto poi di buona fede deve anch' egli restituir la cosa, se ancor la

(1) Fr. 6, pr. § 1-5, XLII, 8. — const. 2, 3, VII, 75. — Arg. fr. 28, pr. L, 16. Solo il fisco può intentarla in tal caso, e solamente in suo pro: fr. 45, pr. XLIX.

(2) Fr. 1, pr. § 2; fr. 6, § 8, 11; fr. 17, § 1, XLII, 8. — const. 5, VII, 75.

(3) Fr. 6, § 6, 7; fr. 10, § 16; fr. 24, XLII, 8.—fr. 15, XV, 1.— Il simigliante non è della *datio in solutum*, la quale in sostanza non altro è che l'alienazion di una cosa, fatta a fin di soddisfare al creditore, e poggiata sopra un particolare accordo: fr. 4, § 31, XLIV, 1. — fr. 24, pr. XIII, 7. — const. 4, VIII, 45.—const. 9, IV, 44, comp. col fr. 2, § 1, XII, 1.— const. 16, VIII, 43.

(4) Fr. 6, § 6; fr. 22, XLII, 8.

(5) Fr. 1, pr. ibid.

(6) Giusto la regola generale stabilita nel fr. 17, XXI, 2. — const. 11, VIII, 46.

(7) Fr. 1, pr. § 2; fr. 6, § 8, 11; fr. 17, § 1, XLII, 8. — const. 5, VII, 75.

(8) Fr. 9, XLII, 8. Il solo fisco può parimente intentarla avverso il terzo possessor di buona fede, senza distiuguer se costui abbia acquistato la cosa a titolo lucrativo o pure oneroso: fr. 45, pr. XLIX, 14.

(9) Fr. 10, § 19-22, XLII, 8.

possiede, co' frutti che pendevano nello stante dell'acquisto e con quelli da lui raccolti dopo la introduzion dell'azione; ma per contrario egli non è tenuto per più di quanto siasi effettivamente migliorato (1).

4. La durata dell'azione è per roman dritto di un anno utile (2). Trascorso tal tempo, essa non può essere intentata avverso il reo, se non per quanto egli della fraude del debitore abbia tratto sostanza (3).

5. Quante volte i creditori han dritto all'azion Pauliana, essi hanno inoltre l'interdetto fraudatorio (*interdictum fraudatorium*), tendente a farli entrare in possesso della cosa alienata; il quale ad essi compete avverso colui che ha ricevuto la cosa dal debitore (4).

CAPITOLO III.

DEGLI EFFETTI DELL'APERTURA DEL CONCORSO.

§. 770. I. *Rispetto al debitore.*

L'apertura del concorso priva il debitore della facoltà di liberamente disporre del suo, di guisa che qualunque alienazion da lui fatta da questo momento è nulla, e può essere impugnata mediante l'azion di annullamento, da' creditori o dal curator de'beni, avverso l'acquistator delle cose alienate ed anco avverso il terzo possessor di buona fede (5). Tale azione, la qual fa intero ritratto della *rei vindicatio* e della *condictio sine causa*, è ben più vantaggiosa a' creditori che non l'azione Pauliana; perciocchè:

1. Non è necessario che il debitore abbia avuto la intenzion di truffare i suoi creditori.

2. Nè anche è richiesto che il primo o il secondo acquistator della cosa sia stato di mala fede.

3. La durata dell'azione è di trent'anni, computabili dallo stante dell'alienazione: ma, parimente che l'azion Pauliana, essa non è data avverso il debitore ch'abbia rifiutato di fare un guadagno; il qual rifiuto, generalmente, non si può considerar come un'alienazione (6).

§. 771. II. *Rispetto ai creditori.*

L'apertura del concorso fa passar tutta la facoltà presente ed attiva del debitore in man de' creditori, per quanto egli era libero di disporne, acciò ch'essi la vendano e se ne paghino a tenor della legge e con l'autorizzazione del giudice. Per conseguenza:

1. I creditori, i quali sottentrano ne' beni del debitore, non possono esser considerati come successori universali, ma soltanto come successori particolari, perciocch' essi succedono in tuttaquanta la facoltà attiva del debitore, ma non punto ne' suoi debiti.

2. Essi acquistano, succedendo nell' appartenenza attiva del lor debitore, il dritto di ricuperare, tanto per via di azion reale quanto di azion perso-

(1) Fr. 6, § 11; fr. 25, § 4, ibid.
(2) Fr. 1, pr.; fr. 6, § 14, ibid.
(3) Fr. 10, § 24, ibid.
(4) Fr. 67, § 1, XXXVI, 1.—fr. 96, pr. XLVI, 3.
(5) Il pagamento dal debitore fatto ad un creditore è parimente nullo, e questi dee restituir ciò che ha ricevuto: fr. 5, § 7, XLII, 8.
(6) Fr. 28, pr. L, 16.

nale, tutte le cose a quello appartenenti, le quali si trovino in man di altrui, e segnatamente i suoi crediti (1).

3. Le appartenenze attive del debitore passano a' creditori tali quali egli stesso le avea, ondechè questi non possono aver contro de' terzi più dritti di lui medesimo. Da ciò discende:

a) Che chi prima dell'apertura del concorso godeva già d'un dritto di ritenzione in sulla cosa del debitore, può anche dappoi farlo valere avverso i creditori, finattanto che costoro non l'abbian pagato (2), salvochè i creditori non avessero il dritto di esiger ch'egli restituisca la cosa, mediante l'azione ipotecaria; ma anche in questo caso, sono eglino tenuti a rimborsargli le spese necessarie ed utili da lui fatte per essa cosa (3).

b) Che il creditor sopra pegno, il qual dee veramente produrre il suo credito al tempo del concorso, non è pertanto obligato di apportar nella massa la cosa da lui posseduta per pegno, quand'egli non è immediatamente pagato (4); salvochè altri creditori non abbiano in su la stessa cosa un dritto di pegno o d'ipoteca preferibile al suo, come per esempio quando uno o più altri creditori hanno una ipoteca più antica e privilegiata su tuttiquanti i beni del debitore (5).

c) Che il debitor del debitore comune, il qual poteva prima dell'apertura del concorso opporre una compensazione, parimente può suo dritto usare avverso i creditori concorrenti.

I beni del debitore, dopo aperto il concorso, passano nelle mani della totalità de' creditori, e sono per tutti un comun fondo, d'in sul quale han da esser pagati. Alla communione, che per tal rispetto è tra' creditori (*communio incidens*), consegue:

1. Ch'essi deliberano e risolvono in comune i provvedimenti occorrenti rispetto a' beni: ma la pluralità delle voci basta per vincere un partito, il quale in tal caso però dev'essere giudizialmente confermato (6).

2. Che quindi innanzi nessun de' creditori non può farsi pagare sol esso d'in su'beni del debitore, ma ciascuno ha da cercare ed aspettare il suo pagamento dal concorso: il perchè, ciascun creditore dee rimettere in mezzo quel che per avventura egli avesse ricevuto d'in sulla roba del debitore, dopo dell'apertura del concorso (7).

CAPITOLO IV.

DELLA MASSA.

§. 772. *Della formazion della massa.*

Dappoichè il concorso è aperto, tutti i beni presenti ed attivi del debitore debbono essere riuniti, sotto l'invigilamento e la condotta del giudice, per la formazione e determinazion della massa, ed in questo mentre debbono essere amministrati.

La massa comprende tutto ciò ch'appartiene a'beni disponibili del debito-

(1) Van der Burgh, *Diss. de jure creditorum exercendi jura et actiones suorum debitorum*. L.-B. 1826.

(2) Fr. 13, § 8, XIX, 1. — fr. 22, XVIII, 4.

(3) Fr. 29, § 2, XX, 1. — fr. 44, § 1, XXXIX, 2.

(4) Fr. 6, pr. XIII, 7. — fr. 15, § 5, XLII, 1; ed arg. const. 15, III, 32.

(5) Fr. 15, § 1, XX, 1. — fr. 12, pr. § 10, XX, 4. — const. 6, VIII, 18. — const. 9, VIII, 17.

(6) Fr. 8, § 4; fr. 15, pr. XLII, 5. — fr. 2, pr. XLII, 7. — fr. 7, § 19; fr. 8; fr. 9, pr. II, 14.

(7) Fr. 6, § 6, 7; fr. 10, § 16, XLII, 8.

re nello stante dell'apertura del concorso, e quanto può contribuire al pagamento de' creditori; poi, tutti i frutti de' beni propri del debitore; e finalmente tutto quanto egli acquisti nel durar del concorso. Il creditore però, il qual siasi prevaluto della cession de' beni, profitta del *beneficium competentiae* rispetto a' beni di nuovo acquistati mentrechè dura il concorso.

Si escludono della massa:

a) Tutte le successioni, i legati e le donazioni semplicemente deferite al debitore innanzi o dopo dell'apertura del concorso, ma non peranche acquistate da lui (1).

b) Le vestimenta quotidiane del debitore e quelle di sua famiglia, come pur le masserizie a lui bisognevoli (2).

c) I segni di onore al debitor decretati (3).

d) La dote di sua moglie; giacchè costei ha il dritto di raddomaudarla, anche durante il matrimonio, quando il marito rovina, e di ricuperare i beni dotali ancora in essere (4).

e) Tutte le cose che, sebben possedute dal debitore, non sono sue proprie; esempligrazia quelle a lui date in prestanza o deposito, e segnatamente i peculii de' figliuoli, inquantochè propri di costoro, perciocchè il peculio profettizio del figliuolo essendo proprio del padre, appartiene alla massa.

§. 773. *Dell'amministrazion della massa.*

La massa è amministrata da un particolar curatore, invigilato dal giudice, il qual si chiama curatore a' beni (5), ed amministra come segue:

1. Egli è nominato da' creditori a pluralità di voci, e confermato dal giudice: in caso di contesa infra' creditori, è nominato direttamente dal giudice (6).

2. Chiunque può generalmente esser fatto curatore, sì può esserlo della massa; nè si richiede che sappia di dritto, ma che solo abbia bastante cognizione dell'affare. Un de' creditori può bene esser curatore (7), ma non mai lo stesso debitore.

3. Il curatore dà giuramento, ed è tenuto a dar sicurtà, o che per mezzo di mallevadori, o che di pegno o ipoteca (8).

4. I doveri imposti al curator de' beni sono generalmente i medesimi di ogni altro amministratore, e particolarmente i seguenti:

a) Di far comporre uno esatto inventario.

b) Di amministrar la roba nel più vantaggioso modo, conformandosi per tal rispetto a' consigli ed al voler de' creditori.

c) Di tenere appresso del giudice le vie necessarie per arrivare alla vendita delle cose componenti la massa.

d) Di cercar di compiere la massa, epperò ricovrar le cose del debitore distenute da stranii, e riscuotere i crediti.

e) D'impugnar mediante l'azion Pauliana o pur quella di annullamento le alienazioni dal debitore fatte in fraude de' creditori.

f) Da ultimo, di render conto della sua amministrazione; rispetto al-

(1) Fr. 6, pr. § 1-5, XLII, 8.—const. 2, 3, VII, 75.—comp. fr. 7, § 17, II, 14.
(2) Arg. fr. 6-8, XX, 1.
(3) Fr. 29, XLII, 5.
(4) Const. 29, 30, V, 12.
(5) Dig. XLII, 7.
(6) Fr. 8, § 4; fr. 15, pr. XLII, 5.—fr. 2, pr. XLII, 7.
(7) Fr. 2, § 4, XLII, 7.
(8) Perciocchè la massa non ha contr'esso ipoteca legale in su'suoi beni, nè *privilegium exigendi*: fr. 22, § 1, XLII, 5.

la quale egli è tenuto del dolo, della colpa, ed anco di non avere usata la stessa diligenza *quam in suis rebus*.

CAPITOLO V.

DE' CREDITORI AMMESSI AL CONCORSO.

§. 774. *Nozione.*

I creditori ammessi al concorso sono, in generale, tutti coloro i quali per un qualsiasi motivo hanno delle ragioni da esercitare in sulla massa. In un senso più ristretto, essi sono que' creditori i quali hanno delle pretensioni personali avverso il comun debitore, e che domandano di esser gli uni agli altri preposti. Solo questi secondi son tenuti a concorrere, e ad aspettar lor pagamento nell' ordine posto dalla legge. Bisogna che da' creditori ammessi al concorso, nel senso ristretto del termine, si distinguano i creditori recuperanti, i separatori, ed i creditori della massa.

§. 775. I. *De' creditori recuperanti.*

Sono generalmente chiamati creditori recuperanti (o anche separatori *ex jure dominii*) tutti coloro i quali possono mediante un'azion reale sostenere il lor dritto di proprietà ovvero un *jus in re* sopra delle cose comprese nella massa. Essi possono esiger che la cosa sia cavata della massa, non son tenuti di partecipare al concorso, e sou preferiti a tutti i creditori, ancorchè privilegiati, rispetto alla cosa da lor perseguita. Ciò poggia in sul principio, che le cose realmente appartenenti al debitore e in quanto che appunto gli appartengono, son solamente soggette ad entrar nella massa (1). Tra' creditori recuperanti si annoverano :

A. Quelli i quali possono, mediante l'azion di recuperazione, raddomandar la proprietà di singole cose comprese nella massa. Tali sono i seguenti casi :

1. Quando il debitore ha acquistato la cosa da tale, che non era propietario di quella ; o quand'egli l' ha sottratta al vero propietario ; o pur da costui la teneva solamente in prestito ovvero in deposito.

2. Quando il debitore ha sì comprata la cosa dal verace padrone, ed eziandio ricevutala dalle sue mani, ma pur questi non gliene ha trasferita la proprietà, perchè nè toccato ha il prezzo, nè fattagliene credenza (2).

3. Quando la cosa è stata data a credenza, ma il venditore se n' ha espressamente riserbata la proprietà fino al pagamento : non però quando il dolo del debitore fosse stato cagion della credenza e conseguentemente della traslazion della proprietà (3).

4. La moglie ha il dritto di ricovrar dalla massa i suoi beni dotali e parafernali ancora in essere (4).

5. Da ultimo, molti autori danno tal dritto a tutti coloro i quali hanno il privilegio di raddomandar con l'azione utile di recuperazione, e come loro proprie, le cose da un altro comperate de' loro danari, quand' essi non possono essere altramente pagati. Tali sono i pupilli, rispetto alle cose dal

(1) Const. 3, VII, 71.—const. 1, VII, 73.
(2) § 41, J. II, 1. — fr. 39, 53, XVIII, 3.—fr. 11, § 2, XIX, 1.
(3) Const. 10, IV, 44.
(4) Const. 29, 30, V, 12.

tutor comprate per sè medesimo co' danari di quelli (1); le chiese e le instituzioni di beneficenza, i cui preposti ed amministratori abbian fatto delle compere per sè col danaro di quelle (2); e finalmente i soldati, quanto alle cose da un terzo comprate in suo proprio nome col loro peculio militare (3).

B. L'erede accettante, il qual possa mediante la petizion di eredità far valere il suo dritto di successione avverso il debitor possedente *pro herede* o *pro possessore*, è parimente ammesso ad esercitar siffatta azione contr'a' debitori concorrenti, ed a ricovrar la successione d'entro la massa in cui fosse compresa.

C. Colui il quale ha sulle cose del debitore un dritto di servitù, di enfitensi, o pur di superficie, può con l'azion confessoria o con un'azion reale utile farlo valere contr'a chiunque, e quindi eziandio contro a' creditori ammessi al concorso.

D. Chi sulla cosa compresa nella massa ha un dritto d' ipoteca concedutogli non già dal debitore, ma dal proprietario a questo precedente (4) (purchè nella traslazion della cosa, avvenuta dal proprietario antecedente al debitore, egli non sia di creditore ipotecario divenuto creditor personale del debitore in quanto a quella cosa, per virtù di novazione) ha il dritto di riscattar della massa, mediante l'azione ipotecaria, la cosa ad esso ipotecata dal proprietario anteriore; dappoichè non essendo egli creditore del debitor comune, non è obbligato di concorrere.

§. 776. II. *De' separatori.*

Per separatori, nel significato proprio della parola (separatori *ex jure crediti*), s'intendono que' creditori personali del comun debitore i quali per un particolar motivo han dritto di chiedere che una parte de' beni del debitore sia separata della massa, e che il loro credito sia soddisfatto d' in su tal parte, esclusi tutti gli altri creditori; co' quali adunque non possono essi aver contesa alcuna di priorità rispetto a quella parte de' beni della qual domandano la separazione.

Han dritto alla separazione:

A. I creditori e' legatari di un defunto, contro al cui erede si concorra. Questi possono esigere che i beni del defunto sieno separati da quelli dell' erede divenuto debitor comune, ed esclusivamente riserbati per loro pagamento, con le seguenti regole (5):

1. Il beneficio della separazione compete in primo luogo a' creditori della successione; e se poi, pagati costoro, avanzan de' beni, i legatari del defunto godono dello stesso vantaggio (6).

2. Esso è soprattutto profittevole a' creditori chirografari della successione, perciocch' essi entrano innanzi anche a quelli a' quali l' erede o debitor comune ha dato un dritto d' ipoteca in su' beni della successione (7).

3. I creditori son tenuti a domandar la separazione entro cinque anni dall' accettazion della successione (8).

(1) Fr. 2, XXVI, 9. — const. 2, V, 39, 3, V, 51; 6, VII, 8.

(2) Arg. cap. 1-3, X, 1, 41. — Clem. 2, *de relig. dom.* — Clem. un. *de in integr. rest.*

(3) Const. 8, III, 32.

(4) Massime a causa del fr. 54, L, 17, — const. 12, VII, 28.

(5) Dig. XLII, 6.—Dyckmeester, *Diss. de separ. bonor. sec. princ. jur. rom.* L.-B. 1823. — Hiddinga, *De prætore auxilium separationis creditoribus præstante.* Grœn. 1823.

(6) Fr. 6, XLII, 6.

(7) Fr. 1, § 3, ibid.

(8) Fr. 1, § 13, ibid.

4. Quand'essi han chiesta ed ottenuta la separazione, non possono generalmente più nulla pretendere in su' beni propri del debitore (1).

5. I creditori della successione non posson più domandar la separazione quand'essi, in qualunque sia modo, han riconosciuto per lor debitore l'erede andato all'eredita.

6. Il beneficio della separazione compete a' soli creditori della successione, non punto a quelli dell'erede medesimo (2).

B. Coloro i quali han contrattato con un figliuol di famiglia relativamente al suo peculio militare, posson dimandare il pagamento del loro credito d'in sul detto peculio, innanzi agli altri creditori i quali abbiano con lui contrattato prima che fosse soldato, o pure possano per qualsisia motivo esercitare lor dritto avverso il padre del debitore (3).

C. Quando uno schiavo ha esercitato due differenti mercature per conto del suo padrone, i creditori di ciascun de' due traffichi possono, mediante l'*actio tributoria*, esiger che le merci di quel traffico servano a separatamente pagarli (4).

§. 777. III. *De' creditori della massa.*

I creditori della massa son quelli i quali han delle ragioni da far valere in sulla massa medesima, dopo la detrazion di ciò che dev'esserne separato o che *ex jure dominii*, o che *ex jure debiti*. A' creditori della massa appartengono tutti quelli il cui dritto deriva da un carico o da un debito, onde la massa è gravata siccome tale.

§. 778. *De' creditori ammessi al concorso, nel senso ristretto.*

I creditori concorrenti, nel senso ristretto, son quelli i quali già prima dell'apertura del concorso hanno delle pretensioni personali da sperimentar contro il comun debitore, e che nel concorso medesimo han delle pretensioni di preferimento infra loro, in quanto all'ordine in cui debbono esser pagati d'in sulla massa.

A. Sono però esclusi dal concorso:

1. I crediti del tutto riprovati.

2. Le obbligazioni naturali; perciocchè tutti quelli i quali han qualche cosa a pretender sulla massa, son considerati siccome attori (5).

3. I crediti provegnenti da semplici fatti del debitore, verbigrazia da locazion di opere *(ex locatione operarum)*; essendochè il concorso non altro comprende che i beni.

4. Le domande di alimenti e di dotazion de' figliuoli del debitore, come pur l'assegnamento della vedova, conciosiachè siffatti crediti valgano solamente avverso un debitor benestante, ed il debitore assoggettato al concorso dee da quell'ora tenersi per povero.

5. Tutti i creditori che rinunziano del tutto al credito loro, o che dichiarano di ritrarsi dal presente concorso.

6. Tutti i debiti dal debitor contratti dopo l'apertura del concorso; perocchè quindi innanzi non poteva egli gravar la massa di vantaggio.

B. Tutti gli altri crediti profittano del concorso, qual che sia la origine

(1) Fr. 1, § 17; fr. 3, § 1, 2; fr. 5, ibid.

(2) Fr. 1, § 2, ibid. Eccetto quando il debitor comune ha accettata la successione per dolo, in lor pregiudizio: fr. 1, § 5, 6, 8, ibid.

(3) Fr. 1, § 9, ibid. — comp. fr. 7, XLIX, 17.

(4) Fr. 5, § 15, 16, XIV, 4.

(5) Ma le obbligazioni semplicemente naturali, secondo le idee del romano dritto, non partorivano azione alcuna. (*Trad.*)

loro, e tanto se tendano all'esecuzione quanto se alla rescissione di un atto, tanto se il debitor comune sia principale quanto se solamente fideiussore.

CAPITOLO VI.

DELLA PRIORITA' FRA' CREDITORI.

§. 779. I. *Ordine generale.*

Conciosiachè generalmente la massa non basti al total pagamento di tutti i creditori, egli è della maggiore importanza il determinar l'ordine in cui ciascun creditore dev'esser soddisfatto. Messi da canto i creditori recuperanti, i separatori, ed i creditori della massa, quelli che realmente prendono parte nel concorso debbono esser partiti in cinque classi:

1. I creditori privilegiati, senza distinguer s'essi hanno un dritto di pegno o d'ipoteca, o pur no.
2. I creditori godenti ipoteche privilegiate.
3. I creditori ipotecari.
4. I creditori senza pegno nè ipoteca, ma provveduti di un *privilegium exigendi* avverso i creditori chirografari.
5. Finalmente, i creditori chirografari, e d'ogni altra sorta creditori.

Il principio generale è, che finattantochè la classe precedente non sia del tutto pagata, la seguente non può nulla ricevere. La priorità infra' creditori della classe medesima sarà indicata nel trattato proprio di ciascuna.

§. 780. II. *Prima classe.*

A' crediti affatto privilegiati appartengono:

1. Le spese del funerale del debitore (1).
2. Le spese dell'ultima malattia del debitore, cioè di quella ond'egli è morto.
3. I salarii de' famigliari.

§. 781. III. *Seconda classe.*

Dopo il total pagamento de' creditori assolutamente privilegiati, ecco succedon quelli forniti di una ipoteca privilegiata. La quale in alcuni d'essi è legale, in altri convenzionale. Noi abbiamo già ragionato della priorità loro ne' §§. 354-356, nè ci resta se non da notare che i creditori ipotecari spezialmente privilegiati possono solamente far valere il lor privilegio in tanto che la cosa ad essi ipotecata basta a pagarli.

§. 782. IV. *Terza classe.*

Il terzo luogo è delle semplici ipoteche, senza distinzion tra le legali e le convenzionali; e generalmente infra queste la più antica va innanzi. Quant'è all'eccezioni di questa regola, ed in generale all'ordine delle semplici ipoteche, si veggano i §§. 353, 357.

(1) Fr. 14, § 1; fr. 15, XI, 7.

§. 783. V. *Quarta classe.*

A questa classe appartengono i creditori chirografari privilegiati, cioè aventi su gli altri creditori chirografari un *privilegium exigendi*. In dritto romano, cosiffatto privilegio competeva ad un numero grande di persone, principalmente a quelle che più tardi avevano una ipoteca privilegiata. Tali sono soprattutto il fisco (1), il sovrano e la sovrana (2), le città (3), la moglie e la fidanzata per quanto alla dote (4); coloro i cui beni son maneggiati da un curatore, in quanto che non abbiano legale ipoteca in sulla roba di quello, epperò i prodighi, gli ammalati, e' cagionevoli (5); poi, chi ha somministrati i danari per la compera o la costruzione o il miglioramento di uno stabile, oppure ha venduta la cosa a credenza, senza riserbarsi alcuna ipoteca in su quella (6); infine, chi ha depositato, senza interesse alcuno, del danaro presso un banchiere (*argentarius*) (7).

§. 784. VI. *Quinta classe.*

Tutti gli altri crediti non mentovati in alcuna delle precedenti classi, appartengono alla quinta, e son pagati per rata (*pro rata*) d'in sul rimanente della massa (8). Soddisfatti interamente tuttiquanti i creditori, allora soltanto il fisco è ammesso alla riscossion delle ammende per delitti commessi dal debitore, ed i legatari del debitor trapassato possono far valere le loro ragioni (9).

(1) Fr. 10, pr. II, 14.—fr. 8, pr. XLIX, 14.
(2) Fr. 6, § 1, XLIX, 14.
(3) Fr. 38, § 1, XLII, 5.
(4) Fr. 17, § 1. XLII, 5.—fr. 74, XXIII, 3.—const. un. VII, 14.
(5) Fr. 19,—23, XLII, 5.
(6) Fr, 26, 34, ibid.
(7) Fr. 7, § 2, 3; fr. 8, XVI, 3.—fr. 34, § 2, ibid.
(8) Const. 1, VIII, 72.
(9) Const. un. X, 7.—const. 15, VI, 37.

FINE.

TAVOLA DELLE MATERIE

INTRODUZIONE.

SEZIONE PRIMA.

NOZIONI GENERALI DEL DRITTO E DELLA GIURISPRUDENZA.

SEZIONE II.

ISTORIA DELLE FONTI DEL DRITTO ROMANO.

PRIMO PERIODO.

Dalla fondazion di Roma fino alle XII Tavole.

SECONDO PERIODO.

Dalla legge delle XII Tavole insino a Cicerone.

TERZO PERIODO.

Da Cicerone fino ad Alessandro Severo.

QUARTO PERIODO.

Da Alessandro Severo fino a Giustiniano.

SEZIONE III.

VICENDE DEL DRITTO ROMANO DOPO GIUSTINIANO.

I. *In Oriente.*

SEZIONE IV.

DELL' INTRODUZIONE DEL DRITTO ROMANO IN ALEMAGNA, E DELL' USO CHE SE NE FA A' NOSTRI GIORNI.

SEZIONE V.

DELLE COLLEZIONI DELLE FONTI DEL DRITTO ROMANO. — DEL *CORPUS JURIS CIVILIS*; DELLE SUE PARTI E DELLE SUE DIFFERENTI EDIZIONI.

SEZIONE VI.

DE' DIFFERENTI METODI D' INSEGNAMENTO E DELLA BIBLIOGRAFIA DEL DRITTO ROMANO.

INSTITUZIONI DEL DRITTO ROMANO

PARTE GENERALE

SEZIONE PRIMA.

IDEE GENERALI DEL DRITTO APPO I ROMANI.

SEZIONE II.

DELLE PERSONE.

SEZIONE III.

DELLE COSE.

SEZIONE IV.

DE' DRITTI E DEL LORO SOSTENIMENTO.

CAPITOLO II.

De' dritti particolari e de' privilegi.

CAPITOLO III.

Del sostenimento de' dritti, e particolarmente delle azioni e delle eccezioni.

CAPITOLO IV.

Degli interdetti, messioni, e restituzioni.

PARTE SPECIALE.

LIBRO PRIMO.

DE' DRITTI REALI.

TITOLO IV.

Della estinzione de' dritti di pegno e d' ipoteca.

LIBRO II.

DELLE OBBLIGAZIONI.

SEZIONE PRIMA.

NOZIONI GENERALI.

CAPITOLO PRIMO.

NOZIONE E DIVISION DELLE OBBLIGAZIONI IN GENERALE.

CAPITOLO II.

DELLA CESSIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

CAPITOLO III.

DEL DANNO E DELLA SUA RIPARAZIONE.

SEZIONE II.

DELLE CAUSE DELLE OBBLIGAZIONI.

SEZIONE III.

DELLA ESTINZIONE DELLE OBLIGAZIONI.

LIBRO III.

DE' DRITTI DI FAMIGLIA.

SEZIONE PRIMA.

DEL MATRIMONIO.

CAPITOLO III.

DEL DISCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.

SEZIONE II.

DELLA POTESTA' PATERNA.

CAPITOLO PRIMO.

DEL RAPPORTO GENERALE TRA GENITORI E FIGLIUOLI.

CAPITOLO II.

DELLA POTESTA' PATERNA PROPRIAMENTE.

CAPITOLO III.

DEGLI EFFETTI DELLA POTESTA' PATERNA.

SEZIONE III.

DELLA TUTELA E DELLA CURA.

LIBRO IV.

DEL DRITTO DI SUCCESSIONE.

SEZIONE PRIMA.

NOZIONI PRELIMINARI GENERALI.

SEZIONE II.

DELLA DELAZIONE DELLA SUCCESSIONE.

Capitolo Primo.

DELL'ORDINE DI SUCCESSIONE AB INTESTATO.

—

TITOLO PRIMO.

Principj generali del dritto di Giustiniano.

TITOLO II.

Dell'ordine di successione ab intestato in particolare.

Capitolo II.

DELL'ORDINE DI SUCCESSIONE TESTAMENTARIO.

TITOLO PRIMO.

Della capacità di testare.

SEZIONE III.

DELL' ACQUISTAMENTO DELLA SUCCESSIONE.

Pagina

CAPITOLO PRIMO.

DELL' ACQUISTAMENTO IN GENERALE.

CAPITOLO II.

DEGLI EFFETTI DELL' ACQUISTAMENTO DI UNA SUCCESSIONE.

SEZIONE IV.

DE' LEGATI E DE' FEDECOMMESSI.

CAPITOLO PRIMO.

DE' CODICILLI.

CAPITOLO II.

DE' LEGATI E DE' FEDECOMMESSI PARTICOLARI.

CAPITOLO III.

DELLE SUCCESSIONI FIDECOMMISSARIE.

CAPITOLO IV.

DELLA DONAZIONE PER CAUSA DI MORTE.

LIBRO V.

DEL CONCORSO DE' CREDITORI.

CAPITOLO PRIMO.

NOZIONI PRELIMINARI.

CAPITOLO II.

DELL' APERTURA DEL CONCORSO.

CAPITOLO III.

DEGLI EFFETTI DELL' APERTURA DEL CONCORSO.

CAPITOLO IV.

DELLA MASSA.

CAPITOLO V.

DE' CREDITORI AMMESSI AL CONCORSO.

CAPITOLO VI.

DELLA PRIORITA' FRA' CREDITORI.

FINE.

A S. E. R.ma

IL SIGNOR PRESIDENTE DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE.

Eccellenza

Il Tipografo Giuseppe Acampora con la Tipografia Strada Montesanto n. 14, desidera dare alle stampe l'opera intitolata *Manuale del Dritto Romano contenente la Teoria delle Instituta di F. Makeldey.*
Prega all'E. V. Rev. assegnargli un Revisore.

CONSIGLIO GENERALE DI PUBBLICA ISTRUZIONE

Rip.° Car.° N.° 34. Oggetto.

Napoli 7 Febbrajo 1852.

Vista la dimanda del Tipografo Giuseppe Acampora con che ha chiesto di porre a stampa l' opera intitolata *Manuale del Dritto Romano contenente la teoria delle Instituta di F. Mackeldey.*

Visto il parere del Regio Revisore signor D. Placido de Luca.

Si permette che la suddetta opera si stampi, però non si pubblichi senza un secondo permesso che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto nel confronto esser l' impressione uniforme all'originale approvato.

Il Presidente Interino
Franc. Saverio Apuzzo

Il Segretario Interino
Giuseppe Pietrocola.